Mecklenburg-Schwerin. Oberappellations=
gericht

Entscheidungen

des

Großherzoglich Mecklenburgischen
Oberappellationsgerichts zu Rostock.

Sechster Band.

Neue Folge. Erster Band.

Herausgegeben

von den

Oberappellationsräthen

Dr. Johann Friedrich Budde und Dr. Carl Adolf Schmidt.

Wismar, Rostock und Ludwigslust.
Druck und Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.
1868.

Inhalts-Verzeichniß.

I. Civilproceß.

Seite.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

B. Sachenrecht.

Seite.

C. Obligationenrecht.

D. Familien- und Erbrecht.

III. Kirchen- und Staatsrecht.

Nachträge.

Druckfehler-Verzeichniß.

S. 58	Z. 4	von unten	statt	undenklich	lies	unbedenklich.
S. 67	" 2	" "	"	343	"	344.
S. 225	" 1	" oben	"	daß	"	das.
S. 281	" 13	" "	"	hierzu	"	nur hierzu.
S. 297	" 7	" "	"	Permittenten	"	Promittenten.

I. Civilproceß.

1. Einklagung vor der Zeit.

(Li. 591/1866. S. Bd. 5. nr. 3.)

Aus dem Bescheide vom 26. Februar 1866:

Da das Interesse des Gläubigers an der Obligation in deren Erfüllung aufgeht, so findet regelmäßig keine Klage auf bloße Anerkennung des Obligationsnexus statt, sondern ist dieselbe auf die Erfüllung zu richten; die Ausnahmefälle, in denen auch künftige Leistungen im Erkenntnisse Berücksichtigung finden, hängen, wie z. B. bei wiederkehrenden Leistungen, mit einer Nichterfüllung bereits fällig gewordener Ansprüche zusammen. Wenn nun vor eingetretener Verfallzeit der Gläubiger die Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit nicht fordern kann, so darf er auch vorher dieserhalb gerichtliche Klage nicht erheben, auch nicht dahin, daß die Zahlung nach eingetretener Fälligkeit zu leisten sei. Es ergiebt sich dies nicht nur aus den Bestimmungen über die Klagenverjährung -- cfr. l. 7 § 4 C. de praescriptione XXX vel XL annor. (7, 39) — , sondern folgt auch geradezu aus den Bestimmungen über die plus petitio tempore — cfr. § 10 J. de exceptionibus (4, 13) — , und Rostocker Stadtrecht III, 1, Art. 8 und 14 — ; wo ausnahmsweise früher eine Klage zugelassen wird, verfolgt dieselbe anderweitige Zwecke, z. B. nach Art. 29 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung den der Sicherstellung. Die von Keller, Pandecten § 85 not. 4, aufgestellte Ansicht muß als eine singuläre bezeichnet werden, welche durch die allegirte Stelle in keiner Weise gerechtfertigt wird und so wenig mit den Gesetzen, als der diesseitigen Praxis im Einklang steht.

Verliert nun auch die Einrede der verfrüheten Klage ihre Bedeutung, wenn der Verfalltermin während des Processes eingetreten ist, so ist dies eben nur eine Modification der Regel, und der Richter bleibt verpflichtet, eine Klage, die nach dem klägerischen Vorbringen als verfrüht sich herausstellt, zurückzuweisen.

---

2. Forum für die Versteigerung von Mündelgütern. Ne. 167/1866.

Die unter amtsgerichtlicher Obervormundschaft stehenden Kinder eines Dorfschulzen besaßen Grundstücke auf städtischer Feldmark, welche auf Antrag des Vormundes mit obervormundschaftlicher Genehmigung verkauft werden sollten. Das Amtsgericht fand es den Interessen der Mündel angemessen, die Versteigerung selbst zu leiten und erließ die entsprechenden Verfügungen. Das städtische Waisengericht fand darin jedoch einen Eingriff in seine Competenz und erwirkte eine Entscheidung der vorgesetzten Justiz-Canzlei, worin dem Amtsgerichte gesagt wurde, daß ihm der Verkauf nicht zustehe, dazu vielmehr diejenige Behörde zu requiriren sei, in deren Gerichtsbezirke die Grundstücke lägen. Das Oberappellationsgericht fand die dagegen erhobene Beschwerde des Amtsgerichts begründet, hob daher durch Recursbescheid vom 31. Januar 1867 die angefochtene Determination wieder auf und bemerkte dabei:

Eine ausschließliche Competenz des judex rei sitae für alle und jede gerichtliche Verkäufe von Grundstücken ist nicht erweislich. Die Vorschrift der §§ 21 und 38 der Executions-Ordnung vom 30. September 1857 erklärt sich aus der früheren Immission, welche in einem fremden Jurisdictionsbezirke nicht vorgenommen werden konnte. Sie läßt sich auf eine einfache, der freiwilligen Jurisdiction angehörige

Versteigerung nicht ausdehnen; diese vermittelt nur einen Contractsabschluß, und enthält in keiner Weise einen Eingriff in fremde Jurisdictionsrechte. Die Hinfälligkeit der sonst von dem Magistrate angeführten Gründe, die selbst die Competenz der Justiz-Canzleien und des Stadtgerichts zu N. ausschließen würden, liegt auf flacher Hand. Bei freiwilligen Verkäufen sind es daher nur Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche der Regel nach zu einer Requisition, oder zu einem Commissorium an den judex rei sitae führen werden. Hier läßt sich selbst die Zweckmäßigkeit nicht deduciren.

---

3. Von welchem Gerichte sind die zur Mortification einer Schuldurkunde erforderlichen Proclamata zu erlassen? Pe. 556/1866.

Der Inhaber einer in ein ritterschaftliches Gut eingetragenen Forderung, der den darüber ausgestellten Hypothekenschein mortificiren lassen wollte, beantragte die dazu erforderlichen Proclamata bei der für das verpfändete Gut zuständigen Justiz-Canzlei, ward von dieser jedoch an sein eigenes Forum verwiesen. Das Oberappellationsgericht entschied sich dagegen mittelst Querelbescheides vom 30. April 1866 für die Competenz der Justiz-Canzlei.

Denn, wenn Proclamationen regelmäßig beim Forum des Provocanten zu extrahiren sind, so beruht dies darauf, daß bei Provocationen nicht das Forum des Provocaten, sondern das des Provocanten, welches eventuell über den streitigen Anspruch zu entscheiden hat, aus diesem Grunde auch berechtigt ist, dem Provocaten die Geltendmachung dieses Anspruches aufzugeben, und demselben den Nachtheil anzudrohen, daß er später damit nicht werde gehört werden. Dieser Grund trifft bei Mortifications-Proclamen nicht zu.

1*

Sofern es sich dabei um das Recht auf das zu amortisirende Schulddocument handelt, kann darüber zwar ein Rechtsstreit zwischen dem provocirenden Gläubiger und dem unbekannten Dritten entstehen; es ist aber zur Zeit völlig ungewiß, welcher von beiden Theilen dabei die Klägerrolle zu übernehmen, und ob das Gericht, dem der provocirende Gläubiger unterworfen ist, darüber zu entscheiden haben, und folglich berechtigt sein würde, dem Provocaten die Verfolgung seines Rechts aufzugeben. Die eigentliche Bedeutung der Mortification eines Schulddocuments besteht aber darin, daß diesem seine Rechtswirkung in Bezug auf das betreffende Schuldverhältniß entzogen wird, und durch das Mortificationsproclama werden in Wirklichkeit nur diejenigen aufgerufen, welche aus dem betreffenden Documente Ansprüche an den Schuldner oder an das bezügliche Grundstück machen, und der Aufhebung dieser Rechte widersprechen zu können vermeinen. Wie sich daher die Competenz des Forums des Schuldners, beziehungsweise des forum rei sitae von selbst ergiebt, sobald der Schuldner, beziehungsweise der Eigenthümer der belasteten Sache den Erlaß eines Mortificationsproclamas beantragt; so spricht die Natur der Sache auch für die Anerkennung der Competenz desselben Gerichts in dem Falle, wo ein Gläubiger ein solches Proclam erwirkt, weil durch dieses Proclam nicht diejenigen provocirt werden, welche aus dem betreffenden Documente Ansprüche an den provocirenden Gläubiger, sondern Diejenigen, welche solche an den Schuldner beziehungsweise an das Grundstück machen zu können vermeinen, es sich also in beiden Fällen immer um die Provocation von Ansprüchen handelt, welche gegen den Schuldner, beziehungsweise an das verpfändete Grundstück erhoben werden, und eventuell bei dem gedachten Gerichte zu verfolgen sein würden.

Nach diesem von der Preußischen Gesetzgebung schon früher befolgten Principe ist das Competenzverhältniß sowohl in der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung Art. 73.

und in dem Handelsgesetzbuche Art. 305 — vergl. § 35 des Publicationsgesetzes vom 28. December 1863 —, als auch durch neuere einheimische Specialgesetze, wie §§ 9 und 17 der Statuten der Mecklenburgischen Eisenbahngesellschaft und § 20 der Domanialhypothekenordnung vom 2. Januar 1854, geordnet, und beruht es auf demselben Principe, wenn eines Theils im § 27 der revidirten Stadtbuchordnung dem Magistrate, in dessen Bezirke das belastete Grundstück liegt, die ausschließliche Competenz zur Erlassung der Mortificationsproclamata beigelegt, und anderen Theils in den §§ 63 bis 66 der Statuten des Creditvereins, so wie im § 42 der Statuten der Rostocker Bank dem Creditverein und beziehungsweise der Rostocker Bank die eigene Mortification der von ihnen ausgestellten Urkunden selbst überlassen ist.

Unter diesen Umständen würde dem Forum des provocirenden Gläubigers nur dann eine ausschließliche Competenz zur Erlassung der fraglichen Mortificationsproclamata beigelegt werden können, wenn eine constante Praxis dafür vorläge; eine solche ist aber wenigstens in Bezug auf ritterschaftliche Hypothekenscheine nicht anzunehmen.

---

4. In den bei Mecklenburgischen Gerichten anhängigen Processen haben ausländische Parteien ebenso wie die inländischen Anspruch auf das Armenrecht. Zu. 88/1854.

Das Oberappellationsgericht wies die Justiz-Canzlei zu Güstrow in dem Bescheide vom 29. Januar 1855 an, einer dem Königreich Preußen angehörigen armen Klägerin einen Armensachwalt zu bestellen und führte in den Gründen Folgendes aus:

Die Land- und Hofgerichts-Ordnung Thl. I, Tit. 13 verordnet generell, daß im Hofgericht die Sachen der armen

Parteien einem der verordneten Advocaten und Procuratoren nach ihrer Ordnung anbefohlen werden sollen, darein zu rathen, reden und mit Treue zu verhandeln, und der Advocat und Procurator bei Entsetzung seines Amtes solches zu thun schuldig sein soll. Nach der Fassung dieser Vorschrift hängt die Anwendlichkeit derselben allein von der Anhängigkeit der Sache beim Hof- und Landgerichte ab. Eine Beschränkung auf inländische Parteien würde nur in Folge restrictiver Interpretation anzunehmen sein, für eine solche fehlt es aber an einem ausreichenden Grunde. Denn die ratio des Gesetzes beruhet offenbar auf dem Gedanken, daß der Beistand eines Advocaten und Procurators als ein für die Verfolgung des Rechts nothwendiges Mittel den Armen gewährt werden müsse. Daß aber den Fremden in gleicher Weise, wie den Inländern, die Wege der Rechtsverfolgung eröffnet werden müssen, ist ein zweifellos bereits in der Land- und Hofgerichts-Ordnung vorausgesetztes Princip, wie insbesondere die Bestimmung im Thl. II, Tit. 15 § 1 zeigt, nach welcher die Fremden ebenso wie Inländer im Falle des Unvermögens zur eidlichen Caution gelassen werden sollen. Im Thl. II, Tit. 1, § 9 werden die Fremden sogar unter den Personen genannt, welchen die Unterrichter fürnämlich schleunig und so möglich auf einem Gerichtstage helfen sollen. Die Verordnung vom 13. September 1854 bauet auf diesen gleichfalls durch die Güstrow'sche Canzlei-Ordnung, Thl. I, Tit. 11 und Thl. II. Tit. 1 § 9 anerkannten Grundsätzen fort. Da die gedachte Verordnung bestimmt im § 9 sub nr. 1 und 2 ausspricht, daß die Bestellung von Armensachwälten nur im Falle der Nothwendigkeit geschehen solle, so würde die Ausschließung ausländischer Armen von dieser Wohlthat im Sinne des Gesetzes dem Resultate nach geradezu der Versagung der Rechtshülfe gleichstehen, was beim Mangel eines ausdrücklichen Ausspruches unmöglich als beabsichtigt angenommen werden kann.

5. Zur Lehre vom Litisconsortium. He. 758/1862.

Ein Gutsbesitzer hatte Kinder aus zwei Ehen hinterlassen und es waren für dieselben verschiedene Vormünder bestellt. — In einem Rechtsstreite, den diese gemeinschaftlich Namens sämmtlicher Kinder als Kläger und Widerbeklagte führten, ward ihnen von ihrem Proceßgegner ein Eid deferirt, und bezeichnete der Deferent, nachdem der Eid acceptirt worden war, den Vormund der Kinder erster Ehe als denjenigen, der den Eid für sich und in die Seele der andern Vormünder schwören solle. Der Vormund der Kinder erster Ehe zeigte jedoch jetzt an, daß seine Curanden nach Maßgabe der inzwischen stattgefundenen Erbauseinandersetzung an dem Ausgange des Rechtsstreits kein Interesse weiter hätten, daß er daher, wenn er auch die Vollmacht des Sachwalts mit unterschrieben habe, doch den Vormündern der Kinder zweiter Ehe die Führung des Processes überlassen habe, und hielt sich zur Ableistung des ohne sein Wissen acceptirten Eides nicht verpflichtet. Mit einem hieran geknüpften Restitutionsgesuche zurückgewiesen, erklärte er weiter, daß er in Gemäßheit der erwähnten Erbauseinandersetzung den Antheil seiner Curanden an der den Gegenstand der Klage bildenden Forderung den Vormündern der Kinder zweiter Ehe cedirt habe, und hinsichtlich der durch die Widerklage geforderten Summe bereit sei, den auf seine Curanden fallenden Antheil mit Zinsen und Kosten zu zahlen. Die Vormünder der Kinder zweiter Ehe waren hiermit einverstanden und zur Ableistung des Eides bereit; der Proceßgegner war jedoch der Ansicht, daß jene Cession unzulässig sei, der Vormund der Kinder erster Ehe zur Ableistung des Eides verpflichtet bleibe, und im Falle seiner Weigerung auch die Vormünder der Kinder zweiter Ehe mit ihrer Klage abgewiesen, beziehungsweise in Gemäßheit der Widerklage verurtheilt werden müßten. Das Oberappellationsgericht entschied diesen Streit mittelst Querelbescheides vom 12. November 1866 dahin, daß rücksichtlich des von dem Vormunde der Kinder erster Ehe cedirten

Antheils seiner Curanden dieser zur Ableistung des Eides verpflichtet bleibe, dagegen die Vormünder der Kinder zweiter Ehe hinsichtlich des ursprünglichen Antheils ihrer Curanden so wie in Betreff der Widerklage zum Eide zuzulassen seien, und begründete diese Entscheidung wie folgt:

Der hier zu Lande bestehende Gerichtsgebrauch, wonach bei Litisconsorten auch im Falle der Verfolgung eines theilbaren Interesse die körperliche Eidesleistung der Regel nach auf einen Einzigen beschränkt wird, welcher, vom Deferenten ausgewählt, den Eid für sich und in die Seele seiner Streitgenossen ableistet, und zu diesem Ende von diesen letzteren mit einer die Eidesformel wörtlich enthaltenden Specialvollmacht ad jurandum versehen sein muß, ist nur durch die Rücksicht auf die Feierlichkeit der Eideshandlung hervorgerufen, welche es dem Richter zur Pflicht macht eine Anstoß erregende Zahl von Eidesleistungen zu verhüten, beruht aber ebenso wenig auf einer falschen Ansicht von dem Wesen der Streitgenossenschaft, als er durch sein Bestehen das Wesen dieser zu ändern vermocht hat. Deshalb versteht es sich denn auch von selbst, daß dieses Verfahren nur da zur Anwendung gebracht werden kann, wo von der Befolgung desselben keine Gefahr für die an sich durchaus selbstständigen wohlberechtigten Interessen der streitenden Theile, sei dies nun der Deferent oder seien es die verschiedenen Delaten, befürchtet werden darf, und in so weit Modificationen erleiden muß, als eine solche Gefahr eintritt, so daß der gegen dessen Durchführung von Seiten des einen oder des anderen Theils erhobene Widerspruch nicht als ein Product reiner Willkür, oder gar der Chicane, sondern an sich wohlbegründet erscheint.

Dieser letztere Fall liegt hier aber in so ferne vor, als sich jetzt herausgestellt hat, daß der Vormund der Kinder erster Ehe, für welchen der vom Beklagten und Widerkläger den Klägern und Widerbeklagten zugeschobene Eid gleichfalls acceptirt war, und welchen jener zur Eidesleistung speciell auserwählt hatte, wenn er diesen Eid

selbst auch noch nicht ausdrücklich verweigert hat, doch so sichtliche Bedenken trägt, denselben auszuschwören, daß wenn es zur Eidesleistung kommen sollte, eine Verweigerung des Eides im Schwurtermine von seiner Seite doch immerhin zu befürchten steht, um so mehr als seine Curanden in Beihalt des Erbauseinandersetzungsvertrages schon kein rechtliches Interesse mehr an dem Ausgange dieses Rechtsstreites hatten, und durch die von ihrem Vormunde weiter abgegebenen Erklärungen sich des klagend verfolgten Anspruches durch Cession ihres Antheils an ihre Mitkläger begeben, der Widerklage gegenüber aber sich rein sachfällig erklärt haben. Kann daher auch, wie weiterhin auszuführen ist, der Vormund der Kinder erster Ehe der Verpflichtung, den von ihm Namens seiner Curanden bereits vor dieser Cession acceptirten Eid in eigener Person abzuleisten nicht enthoben werden, so giebt doch dies sein actenmäßig gewordenes Widerstreben gegen die Ausschwörung des ihm angetragenen Eides für seine bisherigen Streitgenossen einen genügenden Grund ab, den Ausgang dieses Processes, so weit der Antheil ihrer Curanden dabei in Frage steht, nicht von seinem demnächstigen Verhalten im Schwurtermine abhängig zu machen, wodurch möglicher Weise schwer zu lösende Verwickelungen entstehen könnten. Deshalb erschien ihr Verlangen, von der ihnen auferlegten Verpflichtung, denselben auch für den Antheil ihrer Curanden schwören zu lassen und ihn zu diesem Ende mit der erforderlichen Specialvollmacht zu versehen, enthoben zu werden, gerechtfertigt.

Die weiter gehende Beschwerde war dagegen zu verwerfen. Denn mußte auch die während dieses Rechtsstreits auf Grund des obervormundschaftlich bestätigten Erbauseinandersetzungsvertrags geschehene Cession des Antheils der Kinder erster Ehe an der klagend verfolgten Forderung, der Litigiosität dieser Forderung ungeachtet, mit Rücksicht auf diesen ihren Grund an sich als gültig und rechtsbeständig betrachtet werden; waren eben deshalb auch die

mitklagenden Vormünder der Kinder zweiter Ehe berechtigt, den anhängigen Proceß auch wegen dieses ihrem Curanden cedirten Antheils der fraglichen Forderung ganz in der Lage aufzunehmen und fortzusetzen, in welcher derselbe sich in diesem Augenblick befand; ist es ferner auch richtig, daß dem Cessionar, da er als procurator in rem suam sein eigenes Interesse verfolgt und daher auch bei entstandenem Processe selbst die eigentliche Proceßpartei ist, nicht angesonnen werden kann, wenn der Ausgang des Processes von einer Eidesleistung abhängig wird, statt seiner den Cedenten zum Eide zu stellen, obwohl dies früher vielfach angenommen ward — vergl. Wetzell, Civilproceß 2. Auflage Seite 243 ff. —: so war vorliegenden Falls doch im Augenblicke der erfolgten Cession die Lage der Sache bereits so, daß der Bestand der cedirten Forderung von der Ausschwörung eines dem cedirenden Vormunde als Vertreter seiner Curanden deferirten und Namens seiner in einer ihn verbindenden Weise acceptirten Eides abhängig gemacht war. Mochte er daher auch immer das seinen Curanden zustehende Klagerecht selbst auch bei dieser Sachlage noch an die Vormundschaft der mitklagenden Kinder zweiter Ehe durch Cession übertragen können, so konnte er sich dadurch doch der Verpflichtung nicht mehr entziehen, welche durch die erklärte Annahme des Eides für seine Curanden in seiner Person begründet war, und die Abhängigkeit nicht zerstören, in welche der Anspruch von seiner Eidesleistung gerathen war: denn, wenn auch die Eidesdelation heutzutage vorwiegend die Natur eines Beweismittels hat, so hat sich doch in Beziehung auf die entscheidende Bedeutung des deferirten Eides noch immer der Gesichtspunct erhalten, daß dieselbe auf einen Vertrag zurückzuführen ist, wodurch die streitenden Theile den Ausgang des Rechtsstreits in der fraglichen Beziehung von der Eidesleistung des einen oder des anderen von ihnen abhängig machen. Konnte aber aus diesem Grunde der Vormund der Kinder erster Ehe

von der in seiner Person begründeten Verbindlichkeit, seinen Eid über den Bestand der streitigen, von ihm für seine Curanden eingeklagten Forderung entscheiden zu lassen, durch deren Cession sich nicht mehr losmachen, so versteht es sich andererseits ebenso von selbst, daß die Vormünder des Cessionars auch nicht verlangen können, auf Grund dieser Cession nunmehr statt ihres Cedenten zur Eidesleistung zugelassen zu werden.

---

6. Berechtigung Minderjähriger, Injurienklagen ohne Zuziehung eines Vormundes aufzunehmen. Su. 217/1866 Str (S. Bd. 1, Nr. 1.)

Der noch unter väterlicher Gewalt stehende Handwerkergeselle S. war wegen einer Realinjurie auf Abbitte und Verbüßung einer arbiträren Gefängnißstrafe belangt worden, und hatte sich selbständig auf die Klage eingelassen. Während dieser Proceß in der Beweisinstanz schwebte, trat der Beklagte mit der bescheinigten, demnächst vom Kläger als richtig anerkannten Behauptung hervor, er sei erst nach Publication des Beweisinterlocuts volljährig geworden. Er focht deshalb das ganze bisherige Verfahren als nichtig an, allein das Oberappellationsgericht wies seine Beschwerde durch Bescheid vom 10. Februar 1866 aus folgenden Gründen zurück:

Daß der Beklagte am 12. September v. J. noch minderjährig war, und daß derselbe unter väterlicher Gewalt steht, ist zwar außer Streit; auch werden, wie von hier aus bereits mehrfach erkannt ist, minderjährige Hauskinder als einer väterlichen Vormundschaft unterworfen angesehen und rücksichtlich ihrer Handlungsfähigkeit den übrigen Minderjährigen ganz gleichgestellt, haben also regelmäßig nicht

die Fähigkeit, selbständig vor Gericht aufzutreten. Von dieser Regel giebt es aber Ausnahmen, zu denen insbesondere die Injurienprocesse gehören. Die inländische Praxis gestattet den Minderjährigen, Injurienklagen in eigenem Namen zu erheben, und ebenso sind sie unter den Voraussetzungen, welche bei Gelegenheit des in den gedruckten hiesigen Entscheidungen Bd. 1 Seite 1 f. behandelten Falles entwickelt sind, für fähig zu achten, solche wider sie gerichtete Klagen ohne vormundschaftlichen Beistand aufzunehmen. Jene Voraussetzungen sind im gegenwärtigen Falle gegeben, da der Beklagte zur Zeit des libellirten Vorfalls der Volljährigkeit schon nahe war, auch nach Maßgabe des Klagantrages auf Verbüßung einer Gefängnißstrafe und Abbitte seine vermögensrechtliche Unselbständigkeit nicht in Betracht kam. Daß möglicher Weise, wenn er unterliegen sollte, nicht principaliter auf Gefängniß, sondern auf eine öffentliche Geldstrafe erkannt wird, kann zur Zeit nicht in Erwägung kommen.

---

7. Der Vater ist zur Vertretung seiner verheiratheten minderjährigen Tochter bei Processen nicht legitimirt. Be. 1103/1866.

Die Gründe einer dies aussprechenden Entscheidung vom 6. September 1866 lauten:

Der Grund, weshalb nach heutigem Rechte die väterliche Gewalt über die Töchter mit deren Verheirathung aufhört, besteht gerade darin, daß nach deutschem Rechte die Frau durch ihre Verheirathung aus der Vormundschaft ihres Vaters in die ihres Ehemannes trat, und daß bei der Reception des Römischen Rechtes der Verheirathung der Töchter dieselbe Wirkung, welche sie bisher in Bezug auf die Vormundschaft des Vaters geübt hatte, auch in Bezug

auf die väterliche Gewalt beigelegt ist. — Aus diesem Grunde läßt sich auch die Bestimmung des Römischen Rechtes, wonach dem Vater die Vormundschaft über die von ihm emancipirte minderjährige Tochter zusteht, auf den Fall der Verheirathung nicht ohne Weiteres übertragen, und wenn einzelne Particularrechte ihm auch für diesen Fall eine vormundschaftliche Verwaltung ihres Vermögens, soweit dasselbe nicht als dos in die Hände des Ehemannes übergeht, übertragen, und diese Frage nach gemeinem Rechte streitig ist,

vergl. Eichhorn, Deutsches Privatrecht, § 316,
von Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. 7, Nr. 120,

so kommt in Bezug auf unser einheimisches Recht doch in Betracht, daß hier, wie durch die Verordnung vom 10. März 1771 bezeugt wird, die Vormundschaft des Mannes vorläufig bei Bestande blieb, und auch durch diese Verordnung nicht aufgehoben, sondern nur dahin beschränkt ist, daß eine verheirathete minderjährige Frau zur Abschließung von Verträgen der Zustimmung ihrer bisherigen Curatoren bedürfen, und daher die bisherige ordentliche Curatel aus diesem Grunde durch ihre Verheirathung nicht aufgehoben werden soll. Mag diese Bestimmung nun auch immerhin auf den Fall der Verheirathung einer minderjährigen filiafamilias auszudehnen und danach anzunehmen sein, daß eine solche zur Abschließung von Verträgen der Zustimmung ihres Vaters bedarf; so handelt es sich hier doch nicht um den Abschluß eines Vertrages, und das Recht zur Vertretung seiner verheiratheten Tochter bei Processen steht dem Vater daher jedenfalls nicht zu.

8. Zur Lehre von der Beweislast bei der Lex commissoria. We. 76/1866 Strel.

Ein Instrumentenmacher hatte beim Verkaufe eines Claviers stipulirt, daß wenn der Käufer mit dem in einzelnen Raten zu zahlenden Kaufpreise in Rückstand bleibe, er berechtigt sein solle, das Instrument als sein volles unbelastetes Eigenthum sofort zurückzunehmen. Der Käufer, der bei dem Beklagten zur Miethe wohnte, blieb die Miethe schuldig, der Beklagte retinirte neben dem übrigen Inventar auch das Clavier und der Verkäufer vindicirte jetzt dasselbe, indem er behauptete, daß der Käufer mit den contractlichen Zahlungen in Rückstand gekommen und folglich das Clavier wieder sein Eigenthum geworden sei. Die Justiz-Canzlei nahm an, daß bei der lex commissoria die Beweislast denjenigen treffe, der die Erfüllung des Contracts behauptet, und daß es auch keinen Unterschied mache, ob die Klage gegen den Contrahenten oder wie im vorliegenden Falle gegen einen Dritten angestellt sei, der sein Recht aus einem von dem Käufer bestellten Pfandrecht ableite; in dem Erkenntnisse vom 29. October 1866 ward jedoch von dem Kläger der Beweis verlangt, daß der Käufer mit den stipulirten Zahlungen im Rückstand geblieben sei. In den Gründen ist gesagt:

> Nach den für die Beweislast geltenden allgemeinen Regeln hat derjenige, der ein von dem Eintritt einer Bedingung abhängiges Recht geltend macht, den Eintritt dieser Bedingung zu behaupten und zu beweisen. Wenn hiervon bei der lex commissoria eine Ausnahme zu statuiren ist, so wird dies nur dadurch gerechtfertigt, daß der Käufer in diesem Falle nicht nur mit der rei vindicatio, sondern auch mit der actio venditi zur Rückgabe der Sache gezwungen werden kann und daß hier der Nichteintritt einer Thatsache zum Inhalt einer Bedingung gemacht ist, deren Eintritt der Käufer der Klage auf Erfüllung gegenüber beweisen müßte. Aus diesem Grunde ist aber auch die gedachte Ausnahme auf den Fall zu beschränken, wo eben

der Käufer wegen Rückgabe der Sache belangt wird und sie läßt sich nicht auf den Fall ausdehnen, wenn der Verkäufer die Sache von einem Dritten, mit dem er in keinem contractlichen Verhältnisse steht, mit der rei vindicatio fordert. Dem dritten Besitzer gegenüber muß der Vindicant sein Eigenthum darthun und folglich, wenn unbestritten ist, daß dieses durch Tradition auf den Käufer übergegangen war, der Kläger aber behauptet, daß die Wirkung dieser Tradition durch den Eintritt einer Resolutivbedingung wieder aufgeboben ist, diesen Eintritt beweisen. In dieser Beziehung macht es auch keinen Unterschied, daß der Beklagte kein selbständiges Eigenthumsrecht an der libellirten Sache behauptet, sondern nur ein Pfandrecht an derselben geltend macht, weil er als Pfandgläubiger nicht verpflichtet ist, dem Verpfänder auf dessen Verlangen die Sache herauszugeben.

9. Ueber die Recognoscibilität unterkreuzter Urkunden. Li 598/1866.

Um eine eingeklagte Darlehnsforderung zu beweisen, hatte der Kläger einen im Namen des Beklagten abgefaßten und mit drei Kreuzen unterzeichneten Schuldschein producirt, unter welchem von einem Notar unter Beifügung seines Siegels jedoch ohne Zuziehung von Instrumentszeugen attestirt war, daß der Beklagte nach vorgängiger Verlesung und Genehmigung des Inhalts, die Urkunde mit eigener Hand unterkreuzt habe. Der Beklagte leugnete gleichwohl die Richtigkeit dieser Angaben. Als diese Sache zur Entscheidung des Oberappellationsgerichts kam, stand bereits durch zwei übereinstimmende Determinationen rechtskräftig fest, daß das Notariatsdocument vollen Beweis nicht liefere, aber es war noch streitig geblieben, ob der Kläger nicht wenigstens berechtigt sei, die Echtheit der unterkreuzten Urkunde anderweitig zu beweisen,

namentlich den Diffessionseid zu fordern. Durch Bescheid vom 8. November 1866 wurde die Frage bejaht aus folgenden Gründen:

Wenn es gleich für den vorliegenden Fall bereits rechtskräftig feststeht, daß die unter den beiden producirten Schuldscheinen stehenden Notariatsdocumente als solche nicht gelten können, weil dabei keine Instrumentszeugen zugezogen sind, so bleiben doch immer die von dem Beklagten angeblich unterkreuzten Privaturkunden übrig, und es liegt in dem amtlichen Zeugnisse der beiden Notare mindestens eine Bescheinigung dafür, daß er die fraglichen Schuldscheine nach vorgängiger Verlesung, Erklärung und Genehmigung eigenhändig unterkreuzt habe. Ist es nun auch sehr bestritten, ob bloß unterkreuzte Urkunden überall recognoscibel seien,

Wetzell, Civilproceß § 24 not 72, e,

so kann darüber kaum ein beachtlicher Zweifel entstehen, wenn, wie hier, die Echtheit eines solchen Handzeichens durch eine hinzutretende Bescheinigung wahrscheinlich gemacht ist, weil die Gründe, welche für die Irrecognoscibilität angeführt zu werden pflegen,

Langenbeck, die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, Seite 689,

unter dieser Voraussetzung nicht zutreffen. Es versteht sich aber von selbst, daß in solchem Falle, wie dies auch bei der Fassung des Echtheitsbeweises vom judicium a quo ausdrücklich anerkannt ist, auch der Diffessionseid die vorgängige Verlesung und Genehmigung der Urkunden mit ergreifen muß, weil die Unterkreuzung nur unter dieser Voraussetzung die Stelle einer Namensunterschrift ersetzen kann.

---

10. Beweis der Echtheit einer Privaturkunde durch Schriftvergleichung. Ca. 1241/1865.

Um über die Authenticität einiger Scripturen, welche als von der Hand des Probaten herrührend zur Schriftvergleichung benutzt werden sollten, Gewißheit zu erlangen, forderte der Probant den Diffessionseid. Der erste Richter ging auf diesen Antrag ein, der zweite erklärte denselben jedoch für unstatthaft, und das Oberappellationsgericht bestätigte diese zweite Entscheidung durch Decret vom 26. April 1866 mit folgender Bemerkung:

Wenn eine gemeine deutsche Praxis auch in so fern über die Justinianische Gesetzgebung hinausgegangen ist, als sie einfache Privatscripturen zur Schriftvergleichung zuläßt, so läßt sich doch nicht erweisen, daß sie zur Herstellung der Authenticität dem Probanten erlaubt hat, vom Eidesantrage oder vom Diffessionseide Gebrauch zu machen. Damit würde sie den Grundsatz umgestoßen haben, daß man den Diffessions- oder den Schiedseid nur rücksichtlich solcher Urkunden verlangen könne, deren Inhalt für die Entscheidung von Belang ist. Bei der Schriftvergleichung liegt aber der Inhalt der dazu benutzten Urkunden außer allem Betracht, und kann man sich daher nicht — wie es Gensler im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 2 Seite 331 thut — für die Statthaftigkeit der Eidesdelation darauf berufen, daß sie sogar in Rücksicht auf die Echtheit der Beweisurkunde selbst Statt finde, da dieses bei Documenten, deren Inhalt unerheblich ist, gar nicht vorkommen kann.

11. Das Verbot der Abhörung neuer Zeugen nach Eröffnung des Zeugenrotulus bezieht sich nur auf die Vernehmung über dieselben und die gerade entgegengesetzten Artikel.

Re. 96/1865. Strel.

Ein auf Bezahlung mehrerer Darlehne im Gesammtbetrage von 3600 Thlr. belangter Schuldner wurde rechtskräftig zu dem Beweise gelassen:

daß er außer den ihm unbestritten angeliehenen 2000 Thlr. die weiter eingeklagten 1600 Thlr. vom Erblasser der Klägerin nicht empfangen habe,

und suchte diesen Beweis durch Zeugen zu führen, welche über die zwischen dem Darlehnsgeber und dem Darlehnsempfänger bis zur Ausstellung des letzten Schuldscheins vom 24. Juni 1862 rücksichtlich der fraglichen Anleihe vorgekommenen Verhandlungen vernommen und respective insbesondere darüber befragt werden sollten, ob bei der Ausstellung dieses letzten Schuldscheins in die Summe von 2000 Thlr. eine aus früheren Anleihen herrührende Schuld von 1600 Thlr. miteingerechnet sei. Nach Publication der bezüglichen Vernehmungsprotocolle zeigte der Beklagte am 27. Juni 1865 beim Gerichte erster Instanz an, daß er noch drei Zeugen aufgefunden habe, welche bestätigen könnten, daß der Erblasser der Klägerin in ihrer Gegenwart vor drei Jahren erklärt habe, der jetzige Beklagte schuldige ihm im Ganzen 2000 Thlr. an Capital, und wurde die Bitte des Beklagten um nachträgliche Zulassung dieser Zeugen (unter der Bedingung einer Bescheinigung über die erst nach Ablauf der Beweisfrist erlangte Kenntniß der fraglichen Zeugen) durch die übereinstimmende Entscheidung aller drei Instanzen bewilligt. Die Gründe des bezüglichen Bescheides des Oberappellationsgerichts vom 18. September 1865 lauten also:

Das Canonische Recht verbietet im Anschlusse an die Nov. 90 cap. 4 nur, daß nach eröffnetem Zeugenrotulus über dieselben oder die gerade entgegengesetzten Artikel neue Zeugen abgehört werden,

vergl. Clementin. 2, de testibus (2, 8) verb.: non licet super eisdem vel directe contrariis articulis — cap. 17 und cap. 35 X. de testibus (2, 20), auch cap. 29, 36 und 38 eod.,

und ebenso bleiben die Landes-Proceß-Ordnungen bei dem Satze stehen, daß nach Eröffnung der Zeugenaussagen der Zeugenführer nicht mehr Zeugen über dieselben Artikel abhören lassen, und der Gegner nicht mehr contrarios articulos übergeben soll.

Vergl. Hof- und Landgerichtsordnung II, Tit. 30 § 1, Güstrowsche Canzlei-Ordnung II, Tit. 31 § 1.

Der von der Güstrowschen Canzlei-Ordnung am Schlusse des Tit. 31 § 1 cit. gemachte Zusatz, welcher das Verbot auch auf die Appellations-Instanz anwendet, zeigt besonders deutlich, daß dasselbe nicht über die hervorgehobene Grenze ausgedehnt werden darf, indem dort ausdrücklich die weitere Abhörung von Zeugen über neue Artikel, „ob die gleich von vorigen Artikeln dependiren", gestattet wird. Endlich stellt es sich nur als ein anderer Ausdruck, nicht aber als eine sachliche Abweichung dar, wenn das Rechtsmittelgesetz vom 15. Jan. 1861 § 16 sub III und § 41, I, 2 für die dort hervorgehobenen Anwendungsfälle des in Frage stehenden Verbotes das entscheidende Gewicht darauf legt, daß bereits über die betreffenden Puncte ein Beweis oder Gegenbeweis durch Zeugen in der Sache geführt worden ist.

12. Zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige. Ge: 490/1865

Aus dem Querelbescheide vom 20. November 1865:

Das Recht des Producten, bei einem durch Sachverständige angetretenen Beweise seinerseits ebenfalls Sachverständige vorzuschlagen, fällt nicht unter den Begriff des directen Gegenbeweises, sondern ist eine hievon unabhängige,

dem gedachten Beweise eigenthümliche Befugniß des Producten, weshalb denn auch die bei der betreffenden Auflage gesetzte Frist nicht als ein fatale, sondern als eine peremtorische Frist zu behandeln, und der Product bis zur erfolgten Praeclusion mit jener Benennung zuzulassen ist. —

13. Folgen der Eidesunfähigkeit eines Meineidigen bei unvollständig geführtem Beweise.

Wi 753/1864.

Der Kläger hatte seinen ihm obliegenden Beweis durch einen einzigen, nicht classischen Zeugen, dessen Aussage das Beweisthema im Wesentlichen deckte, eventuell durch Eidesdelation angetreten. Der erste Richter erklärte den Zeugenbeweis für ganz verfehlt, da der Reinigungseid, auf welchen nach Lage der Sache zu erkennen sein würde, dem früher schon wegen Meineids bestraften Beklagten nicht auferlegt werden könne; dagegen fand der zweite Richter, daß die Eidesunfähigkeit des Beklagten dahin führen müsse, den Kläger zum Erfüllungseide zuzulassen. Diesen Ausspruch bestätigte das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 25. Juni 1866. und bemerkte dazu:

Daß das Zeugniß des St. wegen der unbestritten vorliegenden persönlichen Verdächtigkeit dieses Zeugen ein Erkenntniß auf den Erfüllungseid nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht rechtfertigen würde, ist freilich richtig und in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urtheile ausdrücklich anerkannt. Von der andern Seite konnte aber eben so wenig unerwogen bleiben, daß der Beklagte eidesunfähig ist und daher zur Leistung eines Reinigungseides nicht zugelassen werden darf. Diese von ihm selbst verschuldete Unfähigkeit kann allerdings nicht die Folge haben, daß das purgatorium für verweigert zu achten, der Kläger

mithin günstiger zu stellen wäre, als wenn er seinen Zeugenbeweis bis zum suppletorium erbracht hätte; dagegen würde es offenbar nicht minder bedenklich sein, zum Nachtheile des Probanten von dem Notheide ganz abzusehen. Gesetzt indessen, es wäre im vorliegenden Falle nach Lage der Sache richtiger gewesen, den Zeugenbeweis für verfehlt zu erklären, so würde der Beklagte durch die angefochtene Decision doch nicht beschwert sein. Den ihm deferirten Eid würde er nicht leisten können; es bliebe ihm daher nach Analogie der in dem hiesigen Querelbescheide vom 14. November 1864 *) entwickelten Grundsätze nur dessen Relation übrig, da eine Gewissensvertretung einem eventuellen Eidesantrage gegenüber als verspätete Nachholung des versäumten directen Gegenbeweises unstatthaft sein, der Kläger mithin unter allen Umständen zum Schwure gelangen würde.

---

14. Zulässigkeit des Gegenbeweises bei der Gewissensvertretung. Ti: 289/1864.

In einem Falle, in welchem der Beweis principaliter durch Eidesdelation angetreten und gegen den vom Delaten zur Gewissensvertretung versuchten Beweis der directe Gegenbeweis in erster Instanz versagt, in zweiter Instanz dagegen zugelassen war, bestätigte das Oberappellationsgericht durch Bescheid vom 25. Januar 1866 letzteres aus nachstehenden Gründen:

Als directer Gegenbeweis im gewöhnlichen Sinne des Wortes kann der zur Gewissensvertretung unternommene Beweis schon aus dem Grunde nicht angesehen werden, weil derselbe gerade die Durchführung des mittels Eides-

*) Vergl. Bd. V. nr. 12.

delation angetretenen Beweises verhindern soll, durch die Gewissensvertretung der deferirte Eid nur suspendirt wird, und es von dem Ausfalle derselben abhängt, ob die Ableistung des Eides noch nothwendig ist. Dadurch nimmt der fragliche Beweis den Character eines selbständigen Beweises an, und wie man im Uebrigen die Natur desselben ansehen mag, so entscheidet in Betreff der allerdings bestrittenen Frage, ob dabei ein Gegenbeweis zulässig sei, der Umstand, daß der Richter im Civilprocesse niemals auf eine einseitige Beweisführung hin eine Thatsache für wahr annehmen, sondern erst dann darüber ein Urtheil fällen darf, wenn auch der Product Gelegenheit gehabt hat, seine für das Gegentheil sprechenden Beweismittel vorzubringen. Die Ausschließung des Gegenbeweises würde sich daher nur dann rechtfertigen, wenn angenommen werden könnte, die den Eid deferirende Partei habe durch die Eidesdelation im Voraus auf den fraglichen Gegenbeweis verzichtet. Eine solche Annahme ist aber nicht statthaft, weil daraus daß der Deferent die Entscheidung von dem Eide des Gegners abhängig machen will, noch nicht folgt, daß er auch dann, wenn der Delat, statt den ihm deferirten Eid zu leisten, sein Gewissen durch Beweis zu vertreten beabsichtigt, von den ihm zu Gebote stehenden Beweismitteln keinen Gebrauch machen, nnd zugeben will, daß auf die einseitige Beweisführung des Gegners der Richter sein Urtheil baue.

15. Das vom Cridar nach der Eröffnung des Concurses erworbene Vermögen fällt nach Mecklenburgischem Rechte nicht in die Concursmasse. Mo 82/1865. Strel.

Das Oberappellationsgericht verwarf in dem Bescheide vom 20. Juli 1865 die Einrede der fehlenden Activlegitimation, welche eine beklagte Partei gegen die erhobene actio legis Aquiliae daraus hergeleitet hatte, daß der bereits früher über das Vermögen des Klägers eröffnete Concurs zur Zeit der Entstehung des Klageanspruches noch nicht beendigt war und auch noch während des fraglichen Processes fortdauerte.

Gründe.

Wenn man die Bestimmungen der Hof- und Landgerichts-Ordnung II, 45 und der Güstrowschen Canzlei-Ordnung II, 46. in ihrem Zusammenhange auffaßt, und insbesondere erwägt, daß der Schuldner durch den dort vorgeschriebenen Eid nach der cessio bonorum zur weiteren Bezahlung seiner Gläubiger nur für den Fall verpflichtet wird, daß Gott ihm künftig zu Glück und Besserung seiner Nahrung hinwiederum verhelfen werde, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß den angeführten Landesproceßordnungen zufolge die Einrede „nisi bonis cesserit" dem Schuldner hinsichtlich alles nach der cessio bonorum erworbenen Vermögens zugestanden werden muß, und als Gegenstand der cessio nur diejenigen Vermögensobjecte behandelt werden dürfen, rücksichtlich deren bereits zur Zeit der Vornahme der Cession für den Cridar ein, wenn auch nur bedingtes und erst in der Zukunft realisirbares, Recht begründet war. Auch steht es nach der mit dem Schwerinschen Regierungsrescripte vom 10. April 1843 (Raabe Gesetzsammlung Bd. 5. Seite 440) übereinstimmenden Strelitzschen Declaratorverordnung vom 8. September 1843 fest, daß die Praeclusion der Gläubiger, welche ihre Forderungen in Folge des Concursproclams nicht angemeldet haben, sich nur auf

das gegenwärtige Vermögen des Schuldners bezieht. Hieraus ergiebt sich aber mit Nothwendigkeit, daß das erst später, wenngleich vor Beendigung des Concurses von dem Schuldner erworbene Vermögen nicht in die Concursmasse fällt, da sich die Letztere nach der Natur des ganzen Concursprocesses nicht über die Vermögensobjecte hinauserstrecken kann, auf deren alleinige Verwendung zu seiner Befriedigung das nach Erlassung des Praeclusivabschiedes geschlossene Gläubigercorps ein Recht erlangt hat. Der für den Cridar mit der Concurseröffnung verbundene Verlust der Dispositionsbefugniß über die Concursmasse berührt daher nicht das von ihm später während der Dauer des Concurses erworbene Vermögen, vielmehr wird rücksichtlich dieses Vermögens die Dispositionsfähigkeit wirksam, welche dem Cridar für seine Person nach der Concurseröffnung überhaupt so weit verbleibt, als nicht durch die Letztere Rechte der Concursgläubiger existent geworden sind.

16. Vindication im Concurse. Bedeutung des Satzes: „Hand muß Hand wahren".

Qua 19/1866. In einem Rostocker Rechtsfalle hatte der Cridar einige Zeit vor Ausbruch des Concurses einen Theil seines Mobiliars an einen seiner Gläubiger um den Betrag der Forderung desselben verkauft und durch constitutum possessorium übereignet, indem der Käufer ihm gestattet hatte, die Sachen einstweilen bis auf beliebigen Widerruf ferner zu behalten und zu benutzen. Als nun aber der Käufer auf Grund dieser unbestrittenen Thatsache sein Eigenthum im Concurse geltend machte, hatte der Güterpfleger gegen die Rechtsbeständigkeit des erwähnten Rechtsgeschäfts zwar kein Bedenken, glaubte indessen die Herausgabe der vindicirten Mobilien deshalb

beanstanden zu müssen, weil Concursgläubiger vorhanden waren, denen eine vor dem Verkaufe der Mobilien bestellte, also die verkauften Sachen mitergreifende Generalhypothek zustand. Der Vindicant bestritt dem Güterpfleger die Legitimation zur Vertretung dieser einzelnen Pfandgläubiger und war überdieß der Meinung, daß die veräußerten beweglichen Sachen aus dem Pfandnexus geschieden seien. Ueber die hiemit angeregten Streitfragen sprach sich das Oberappellationsgericht in einem Appellationsbescheide vom 28. November 1866 folgendermaßen aus.

Da der jetzige Cridar laut des der Liquidation das Appellaten anliegenden Notariatsprotocolles vom 18. Juni 1864 die streitigen Gegenstände um einen durch Compensation sofort berichtigten Preis von 90 Thlr. 24 ßl. dem Appellaten verkauft und durch constitutum possessorium sofort übereignet hat, auch weder der Abschluß noch die Rechtsbeständigkeit dieses Geschäfts bestritten ist, so steht allerdings fest, daß der Appellat Eigenthümer geworden ist, und der Cridar zur Zeit der Concurseröffnung, am 1. August desselben Jahres, nur noch den vom Käufer ihm auf beliebigen Widerruf einstweilen gestatteten prekären Besitz, also kein Recht an jenen Sachen gehabt hat, welches auf Grund der erfolgten Güterabtretung von dem Corps seiner Gläubiger und deren Vertreter aus seiner Person geltend gemacht werden könnte. Es ist ferner richtig, daß der deutschrechtliche Satz: „Hand muß Hand wahren" die vorliegende Vindication an sich nicht hindert, denn derselbe versagt dem Eigenthümer, der seine bewegliche Sache einem Anderen anvertraut hat, deren Vindication aus dritter Hand, und läßt ihm nur einen persönlichen Anspruch an seinen Contrahenten.

Sachsenregel, Landrecht 2, 60,

während die neueren Stadtrechte, zu denen auch das Rostocker (Thl. III. Tit. 2) gehört, den Ausschluß der

Vindicationsbefugniß auf den Fall beschränken, daß die Sache durch Veruntreuung des andern Contrahenten abhanden gekommen ist und sich nun bei einem gutgläubigen Besitzer findet, und diese Voraussetzungen treffen hier nicht zu. Der Cridar hat die Streitobjecte bis zur Concurseröffnung in seinem Gewahrsam behalten, und die cessio bonorum bezog sich eben nur auf seine, nicht auch auf die in seiner Hand befindlichen fremden Güter. Daß die Sachen nicht zur Concursmasse gehören, ist übrigens auch allseitig anerkannt, indem nach der von dem Appellaten nicht angefochtenen erstinstanzlichen Entscheidung deren Versteigerung lediglich im Interesse der Gläubiger, die daran aus den vor dem 18. Juni 1864 constituirten Generalhypotheken ein Pfandrecht herleiten können, geschehen, der Erlös aber nach deren Befriedigung dem Appellaten ausgezahlt werden soll.

Allein wenn es hienach auch vollkommen richtig ist, daß gegenwärtig nur jura in re aliena in Frage stehen, welche nicht von dem Gläubigercorps, sondern nur von einzelnen aus dessen Mitte geltend gemacht werden können, wenn ferner auch die von den Parteien angeregte Controverse, ob die älteren Pfandrechte die Veräußerung überdauert haben, zur Zeit von hier aus nicht zu entscheiden ist, so darf doch schon jetzt nicht unerwogen bleiben, daß eventuell die betreffenden Gläubiger ihr Recht in Gemäßheit des statutarischen Satzes: „Hand muß Hand wahren", mit der actio hypothecaria gegen den dritten gutgläubigen Besitzer nicht würden verfolgen können, mithin bei der vorhandenen Insolvenz ihres Schuldners ein nahe liegendes, rechtlich zu beachtendes Interesse daran haben, daß die Pfandobjecte dem Käufer und nunmehrigen Eigenthümer vor ausgemachter Sache nicht ausgeliefert werden. Die rei vindicatio des Appellaten ist gegen das zur Zeit detinirende Gläubigercorps, zu welchem auch die interessirenden Pfandgläubiger gehören, gerichtet, und der actor communis ist daher für diesen Proceß unzweifelhaft der rechte Beklagte. Daraus folgt

aber seine Befugniß und seine Pflicht, die, einzelnen Creditoren zur Aufrechthaltung des status quo zustehende, als exceptio doli sich darstellende Retentionseinrede vorzuschützen, wenn gleich er die weitere Durchführung der prätendirten Pfandrechte, dem Appellaten gegenüber, den Interessenten selbst zu überlassen hat.

2. Wa: 745/₁₈₆₄. Dieselben Grundsätze wurden aus Anlaß eines gleichen Rostocker Falles durch Erkenntniß vom 25. März 1867 in nachstehender Ausführung geltend gemacht:

Vom Standpunct des gemeinen Rechts aus kann es nun nicht wohl einem Zweifel unterliegen, daß den creditorischen Stellvertretern als solchen nicht die Befugniß zusteht, Sachen, die bereits vor dem Ausbruch des Concurses durch einen formell rechtsbeständigen Act aus dem Eigenthum des Cridars ausgeschieden, zufällig aber in seinem Gewahrsam verblieben und so zunächst factisch als Bestandtheil der Debitmasse betrachtet und behandelt sind, dem vindicirenden Eigenthümer, welcher rechtlich als solcher anerkannt werden muß, mit Berufung darauf vorzuenthalten, daß einzelnen Concursgläubigern, die aus der Masse keine Befriedigung zu erwarten haben, bereits zur Zeit der fraglichen Veräußerung Pfandrechte an demselben zustanden, und, statt es den fraglichen Creditoren selbst zu überlassen, ihre etwaigen Pfandrechte gegen die Eigenthümer geltend zu machen, unter diesem Vorwande die fraglichen Sachen auch rechtlich zur Debitmasse zu ziehen.

Anders gestaltet sich jedoch die Sache vom Standpuncte des besonderen Rostocker Rechts, nach welchem der vorliegende Rechtsfall zu entscheiden ist.

Im Rostocker Stadtrechte gilt nämlich der Grundsatz, „Hand muß Hand wahren" zu dem Erfolge, daß derjenige, welcher eine ihm gehörige bewegliche Sache einem Anderen anvertraut, oder den Besitz einer ihm als ein handhabendes Pfand übergebenen Sache aus freien Stücken aufgegeben hat, diese Sache von dem dritten gutgläubigen Besitzer, welcher dieselbe von deren Inhaber eigenthümlich

erworben oder auch nur verpfändet erhalten hat, mit der Eigenthumsklage oder der dinglichen Pfandklage nicht ohne Weiteres wieder an sich ziehen kann, wogegen ihm, in Abweichung von dem älteren deutschen Rechte, welches ihm nur eine Forderung gegen Denjenigen gab, welchem er seine Sache zunächst anvertraut hatte, gegen Diesen, sobald er die fragliche Sache noch in seinem Gewahrsam hat, neben der persönlichen allerdings auch eine dingliche Klage zugestanden wird — vergl. Rost. StadtR. III, 2 und III, 4. Art. 4. 5. 6. 9. —. In Beziehung auf bestellte Generalhypotheken hat aber dieser Grundsatz die Folge, daß durch eine Veräußerung der generell verpfändeten Sachen von Seiten des Verpfänders das daran bestehende Pfandrecht ohne Weiteres seine dingliche Wirksamkeit und seine rechtliche Verfolgbarkeit verliert, sobald in Folge derselben die betreffenden Sachen wirklich in die dritte Hand gekommen sind, wogegen die bloße Veräußerung als solche, sobald die veräußerten Sachen dadurch nicht in die Hand des dritten Erwerbers, d. h. in dessen factischen Besitz gekommen sind, der Verfolgbarkeit des Pfandrechts nicht entgegensteht. So lange also im vorliegenden Falle der Cridar noch in der Detention der von ihm an den Appellaten veräußerten, ihm von diesem wieder miethweise überlassenen Mobilien blieb, dauerte auch die Wirksamkeit der einzelnen Creditoren daran vermöge genereller hypothekarischer Verpfändung zustehenden Pfandrechte fort; sie erhielt sich dadurch, daß durch Eröffnung des Concurses diese Detention des Cridars auf das Corps seiner Gläubiger überging, und da nun die creditorischen Stellvertreter sogar verpflichtet sind, Alles dasjenige vorzukehren und zu beobachten, was zur Sicherstellung der Masse zwecks Befriedigung der verschiedenen auf sie angewiesenen Gläubiger erforderlich ist, so müssen dieselben im vorliegenden Falle um so mehr für befugt erachtet werden, zur Wahrung der an den fraglichen Sachen bestehenden Pfandrechte deren Auslieferung an den Vindicanten zu widersprechen, als dieser Widerspruch gerade durch die hierauf gerichtete Auf-

forderung der interessirenden Gläubiger hervorgerufen ist, deren Pfandrechte durch diese Auslieferung unmittelbar entkräftet werden würden.

---

17. Ueber den fiskalischen Proceß.

I. Pe 423/$_{1854}$. Als die Justiz-Canzlei zu Schwerin gegen den (nach derzeitigem Rechte canzleisässigen) Kreischirurgus P. eine officielle Untersuchung wegen medicinalordnungswidrigen Curirens eingeleitet und denselben mit einer Geld- (eventuell Gefängniß-) Strafe belegt hatte, setzte das Oberappellationsgericht zwar die Strafe herab, bestätigte aber im Uebrigen die Entscheidung der Justiz-Canzlei, und sprach sich in dem bezüglichen Bescheide vom 31. März 1855 über das Verhältniß des officiellen Untersuchungsverfahrens zu der fiskalischen Anklage folgendermaßen aus:

Wenn gleich Contraventionen gegen die Landespolizeigesetze sich zur fiskalischen Anklage eignen, so ist doch dadurch das unmittelbare officielle Einschreiten der Gerichte nicht ausgeschlossen. Daher fordern mehrere solche Gesetze ausdrücklich sowohl von den Fiskalen, als auch direct von den Gerichten, daß sie gegen die Uebertreter thätig werden sollen — cfr. unter anderen die Verordnungen vom 2. November 1830 und vom 1. Juli 1809 —. Dies Verhältniß der Concurrenz wird hier als die bestehende Regel hingestellt, während die der fiskalischen Rüge ausschließlich überwiesenen Fälle als Ausnahmen erscheinen. Daraus folgt, daß die Landesgerichte gegen niedergerichtssässige Personen freilich nur auf Anklage des Fiskals, der aber seinerseits wieder dem praevenirenden competenten Niedergerichte nachstehen muß, verfahren können, daß aber ihrem officiellen Einschreiten gegen canzleisässige Personen Nichts im Wege steht. Was nun speciell die Uebertretungen

der Medicinalordnung anbetrifft, so hatte zwar die älteste hieher gehörende Verordnung vom 4. März 1695 (Wismarsche Gesetzsammlung Bd. V Seite 411) sub nr. 4. für Fälle der vorliegenden Art eine fiscalische Procedur vorgeschrieben, allein schon die Medicinalordnung vom 20. Juli 1751 (ibid. Seite 420) machte es sowohl den Gerichten als den Fiskalen zur Pflicht, die Contravenienten respective zu belangen und zur Strafe zu ziehen. Wenn die Verordnung vom 4. Aug. 1753 (ibid. Seite 425) den Aerzten aufgiebt, solche Contraventionen den Fiskalen anzuzeigen, so ist damit nicht gesagt, daß nur auf fiskalischen Antrag zu strafen sei, und wenn endlich die Verordnung vom 1. Juli 1774. (ibid. Seite 429) ebenfalls nur von fiscalischer Strafe spricht, so betrifft sie eben lediglich den Fall, daß ein Nichtexaminirter Curen vornimmt. Da nun die neue Medicinalordnung vom 18. Februar 1830 der Fiscale gar nicht mehr besonders gedenkt, so muß es nunmehr in diesem Betreff bei der oben erwähnten Regel bleiben.

11. (Pa 425/$_{1854}$.) Ein Rittergutsbesitzer, welcher wegen einer zu Bützow begangenen Contravention gegen das nach der Verordnung vom 7. Juni 1850 auch für die Eisenbahnstrecken von Kleinen bis Rostock und von Bützow bis Güstrow normirende Eisenbahn-Polizei-Reglement vom 28. September 1846 bei der Justiz-Canzlei zu Güstrow von dem Advocaten H. als bestelltem Specialfiskal belangt worden war und die Zulässigkeit der fiskalischen Anklage unter Provocation auf die Polizeibehörde zu Bützow bekämpft hatte, wurde mit seinem bezüglichen Einwande durch den Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 22. Mai 1854 aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Die Verordnung vom 28. September 1846 hat die Bestrafung der Contraventionen gegen dieselben keinesweges der Polizei-Behörde, in deren Bezirke die Uebertretung vorgekommen, übergeben. Nur im Falle der Arretirung des Uebertreters sind die Gesellschafts-Beamten an die

nächste Polizeibehörde verwiesen, und schon der Umstand, daß die Aufsicht auf die Erhaltung der Ordnung den Bahnbeamten zugewiesen ist und daher ein officielles Einschreiten der Polizei-Behörde außer der Regel liegt, spricht gegen die regelmäßige Zuständigkeit der Orts-Polizei. In solchen Fällen liegt der ordentlichen Obrigkeit des Contravenienten die polizeiliche Bestrafung ob, wie dies auch aus den für ähnliche Fälle gegebenen Bestimmungen, z. B. dem § 3 nr. 4 der Patent-Verordnung vom 29. Juni 1824 — im officiellen Wochenblatt Seite 134 — und dem § 31 der Chaussee-Polizei-Ordnung vom 3. Januar 1854 erhellt. Des Querulanten ordentliche Obrigkeit ist aber die Justiz-Canzlei zu Güstrow. Handelt es sich hier somit um eine strafbare Uebertretung, darüber derselben pro qualitate personae et facti die Cognition gehörig, so trifft wörtlich zu, was die Hof- und Land-Gerichts-Ordnung Thl. 1. Tit. 5 über das fiskalische Amt bestimmt, und man braucht nicht darauf einzugehen, daß schon die Güstrowsche Canzlei-Ordnung Thl. 1 Tit. 4. strafbare Uebertretungen allgemein der fiskalischen Thätigkeit zuweiset, und wie sich der Umfang derselben weiter ausgebildet hat. Zeugnisse davon geben einzelne Landespolizei-Gesetze und das an den Engern Ausschuß erlassene, in der Schröderschen Gesetzsammlung Thl. 1 Lieferung 2 Seite 318 abgedruckte Regiminal-Rescript vom 2. August 1798.

III. (Fi 373/1855.) Das Oberappellationsgericht wies in dem Bescheide vom 19. November 1855 die Justiz-Canzlei zu Schwerin an, den Mandatsproceß auf eine Klage einzuleiten, welche der Ministerialfiskal M. gegen die Besitzerin eines Gutes um deswillen erhoben hatte, weil von derselben der Schulmeister ihres Gutes angeblich im Widerspruch mit dem § 17 der Verordnung vom 21. Juli 1821 mit verschiedenen Nebendiensten belastet worden war. In den Gründen wird gesagt:

Die Theorie des Civilprocesses, aus welcher von der Justiz-Canzlei der Grund für die Erlassung eines bloßen Vernehmlassungsbefehles entnommen worden, ist auf den fiskalischen Proceß nicht unbedingt anwendlich, und erklärt das Rescript vom 12. August 1788 es insbesondere für unstatthaft, den Begriff der bescheinigten und unbescheinigten Klagen in die causas fiscales zu übertragen. Der beantragte Mandatsproceß, bei welchem übrigens nach der Fassung der petita die sofortige Verurtheilung in eine Strafe nicht mehr zur Frage steht, ist demnach ohne Cognition über den Werth der beigebrachten Bescheinigung einzuleiten. Auch kann dem Querulanten in Beziehung auf den Hauptgegenstand der Klage das erbetene mandatum sine clausula nicht versagt werden, da dasselbe bei Klagen auf Erfüllung einer unstreitigen, durch ein Gesetz regulirten Verbindlichkeit der durch das Rescript vom 2. August 1798 bestätigten Praxis entspricht, und alle Rechtsbefugnisse der Beklagten durch die am Schlusse dieses Rescriptes erwähnte stillschweigende Clausel gewahrt bleiben.

Der in derselben Sache unterm 31. Januar 1856 vom Oberappellationsgerichte erlassene Querelbescheid erklärte die Verurtheilung der Angeklagten in eine Strafe aus folgenden Gründen für unstatthaft:

Wenn zur Rechtfertigung einer Strafe wegen Nichtbeachtung eines Gesetzes eine ausdrückliche Strafsanction zwar keineswegs unbedingt erforderlich ist, so hängt doch die Befugniß des Richters zur Erkennung einer solchen Strafe jedenfalls davon ab, daß ein auf die Bestrafung der Contravention gerichteter Wille der Gesetzgebung in irgend einer Weise erkennbar wird. Dies ist aber bei der zur Frage stehenden Gesetzes-Uebertretung nicht der Fall. Die Verordnung vom 21. Juli 1821 deutet auch im § 17 nicht entfernt auf eine Strafe hin, und eben so wenig existirt eine Bestimmung, durch welche für alle Fälle der fiskalischen Competenz die Zulässigkeit einer Strafe ohne voraufgegangene richterliche Androhung anerkannt würde. Aus dem Rescripte vom 2. August 1798 läßt sich das Gegentheil um so weniger

herleiten, da dasselbe als Inhalt der in Fällen der vorliegenden Art zu erlassenden unclausulirten Mandate nur die Erfüllung des Gesetzes und die Docirung der geschehenen Befolgung angiebt.

IV. (Ma 652/1859.) Die Justizcanzlei zu Rostock verurtheilte in dem Erkenntnisse vom 4. Juni 1859 auf Anklage des Advocaten K. als bestellten Specialfiscals den Gutsbesitzer M. in eine Geldbuße von 300 Thlr. und in die Kosten des Verfahrens weil er den in der Nacht vom 23/24 Juli 1856 schwer verwundeten und demnächst am 26. Juli jenes Jahres verstorbenen Schäferknecht W. am 25. Juli jenes Jahres zu Wagen nach seinem 1/2 Stunde entfernten Heimathsorte Kl. N. hatte fahren lassen. Das Oberappellationsgericht setzte auf Appellation des Angeklagten die Strafe auf 200 Thlr. herab, bestätigte aber die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz und compensirte diejenigen der Appellationsinstanz. Die Gründe des bezüglichen Erkenntnisses v. 29. October 1860 lauten also:

1. Daß durch den am 25. Juli 1856 geschehenen Transport des in Folge der zu C. in der Nacht des 23/24 ejusd. erlittenen schweren Mißhandlungen tödtlich erkrankten Schäferknechts W. von Gr. S. nach seinem Heimathsorte Kl. N. die Vorschriften der allgemeinen Armenordnung vom 21. Juli 1821 §§ 13, 14, 6b, bezüglich der Verorduung vom 18. Januar 1820, diese Thatsache rein äußerlich für sich betrachtet, übertreten worden sind, ist eben so zweifellos, wie es nach unserer Landesverfassung — vergl. Hof- und Landgerichts-Ordnung I, 5, Güstrowsche Canzlei-Ordnung I, 4, Landesgrundgesetzlicher Erb-Vergleich § 410, Verordnungen vom 12. März 1750 und vom 2. August 1798 (Parchimsche Gesetzsammlung I Seite 155 und 341 f.) — feststeht, daß Uebertretungen allgemeiner Landesgesetze oder Landesherrlicher Verordnungen von Seiten der Ortsobrigkeiten fiscalischer Rüge und Beahndung auch dann unterliegen, wenn gleich das gebietende oder verbietende Gesetz keine solche angedroht hat.

Ferner ist es anerkannten Rechtens, daß die Uebertretung polizeilicher Vorschriften auch dann gestraft wird,

wenn dadurch kein materieller Schade entstanden ist, indem schon die darin liegende Verletzung der allgemeinen Ordnung nnd die Gefährdung des öffentlichen Wohls, sei es durch die betreffende Handlung selbst, oder durch das darin liegende böse Beispiel und das damit verbundene öffentliche Aergerniß, den Grund der Bestrafung abgiebt, und ebenso nicht bloß die absichtliche, sondern auch schon die fahrlässige Uebertretung derartiger Vorschriften Strafe nach sich zieht.

Bei der jetzt zur Beurtheilung stehenden Appellation des Angeklagten kann es sich daher nur noch darum handeln, ob der durch die sententia a qua ihm gemachte Vorwurf einer fahrlässigen Verletzung seiner, durch die allegirten Verordnungen festgestellten obrigkeitlichen Pflichten begründet, und bejahenden Falles die dafür ihm zuerkannte Strafe der Größe seines Vergehens entsprechend bemessen ist.

2. Den ersteren Punkt betreffend stützt nun der Angeklagte seine Vertheidigung im Wesentlichen darauf, daß der ihm als zuverlässig bekannte Statthalter B., indem er ihm am Morgen des 25. Juli jenes Jahres die Erkrankung des W. meldete, es als Wunsch des Kranken selbst angab, in seine Heimath zu seiner Mutter zur Pflege gebracht zu werden; daß er bloß diesem Wunsche nachgegeben, daher den Transport des W. nicht sowohl befohlen, als vielmehr nur zugelassen habe, und hierin um so weniger etwas Bedenkliches habe finden können, als der B. die Erkrankung des W. als muthmaßliche Folge übermäßigen Trunkes in der Nacht vom 23./24. Juli auf dem Königsschusse zu C., wohin er sich mit anderen Knechten heimlich begeben, bezeichnet habe, und die Art des Transports zu Wagen unter Zugabe eines Begleiters, als die auf dem Lande gewöhnliche, eben so wenig etwas Auffallendes an sich getragen habe; endlich ein derartiger Transport auch schwer erkrankter Personen nach anderen Orten, wo ihrer eine bessere Pflege warte, auf dem Lande etwas sehr Gewöhnliches sei, ohne daß dabei regelmäßig eine ängstliche Prüfung ihres

Befindens vorgenommen werde. Allein alle diese Gründe, wie sehr auch der Anwalt des Angeklagten ihr Gewicht durch näheres Eingehen in das Detail des vorliegenden Falles und die besonderen dabei obwaltenden Umstände zu verstärken sucht, vermögen dennoch nicht, den Vorwurf der Leichtfertigkeit und übergroßen Sorglosigkeit von dem Angeklagten abzuwälzen. Als Ortsobrigkeit wußte er, oder mußte doch wissen, daß nach gesetzlicher Vorschrift der Transport eines Kranken in seine Heimath nur dann zulässig ist, wenn derselbe ohne Gefahr für den Kranken beschafft werden kann; daß andere Obrigkeiten, wie er behauptet, es hiermit nicht so genau nehmen, kann ihm nimmer zur Entschuldigung gereichen; und wenn die derber e Naur der ländlichen Bevölkerung auch hiebei weniger ängstliche Rücksichtnahme zu fordern scheint, so kommt doch Alles auf die individuellen Umstände an, und eine gewissenhafte Obrigkeit wird bei schweren Erkrankungen einen Transport des Kranken sicherlich nicht ohne vorgängige ärztliche Prüfung und Zustimmung, oder sonstige nähere Vergewisserung über die Räthlichkeit desselben zulassen. Zu einer solchen Ermittelung war aber der Angeklagte nicht nur um so leichter im Stande, sondern sogar auch sittlich verpflichtet, als er zugleich der persönliche Dienstherr des Erkrankten war. Seinem eigenen Vorbringen nach scheint es aber, als ob er dieserhalb nicht einmal eine specielle Frage an seinen Statthalter gerichtet, noch auch denselben dieserhalb nur mit besonderer Instruction versehen hat. Und doch konnte ihn weder der ihm angeblich mitgetheilte Wunsch des W. einer solchen Ermittelung überheben, da die tägliche Erfahrung zeigt, daß die Wünsche der Kranken sehr häufig mit ihren wirklichen Bedürfnissen im entschiedensten Widerspruche stehen, noch die ihm vorgeblich mitgetheilte Krankheitsursache, da seiner eigenen Angabe nach oft die allerschwersten Erkrankungen durch übermäßigen Trunk hervorgerufen werden, und der Umstand, daß noch am zweiten Tage die Folgen eines solchen für den W. sich in solcher Weise fühlbar

machten, daß ein Transport desselben zu Wagen nach seiner nahe belegenen Heimath nothwendig erschien, allerdings geeignet war, seine Aufmerksamkeit zu erregen, und ihn zu der Frage zu veranlassen, ob es denn wirklich so schlimm mit demselben stehe. Und wenn er endlich diesen Transport nicht von sich aus befohlen, sondern bloß zugelassen haben will, so ist derselbe doch immer auf seine Anordnung erfolgt, da der Statthalter seine Verfügung dieserhalb einholte, und ohne seinen Willen und seine Genehmigung derselbe überall nicht geschehen konnte, weshalb ihn auch allein die volle Verantwortung dieserhalb trifft.

3. Mag daher auch, den zweiten Punkt, die Größe der hienach allemal nothwendigen Strafe betreffend, immerhin zu seinen Gunsten angenommen werden, daß er den wirklichen Zustand des W. nicht gekannt, und dessen Transport nicht in der Absicht verfügt hat, sich seiner zu entledigen, da die hiefür von dem Ankläger geltend gemachten Anzeigen nicht ausreichen, einen Schluß auf bösen Willen zu rechtfertigen, mag ebenso die ihm zur Last fallende Fahrlässigkeit nicht als Frevelhaftigkeit, sondern als eine bloße Unvorsichtigkeit zu qualificiren sein; und mag endlich das durch sein Verfahren gegebene Aergerniß, welches bei der hier in Frage stehenden polizeilichen Beahndung allerdings in Betracht kommt, für den, der die wirklichen Motive seines Handelns kennt, sich einigermaßen abschwächen, außerdem auch noch zu berücksichtigen sein, daß der besagte Transport des W. unter den dabei obwaltenden Umständen von geringerer Schädlichkeit war, und hienach die von der sententia a qua erkannte Strafe von 300 Thlr. selbst in Anbetracht seiner nicht wegzuleugnenden günstigen Vermögenslage, als zu hoch gegriffen erscheinen: immer hat er doch eine empfindliche Strafe verwirkt, und konnte dieselbe demnach nicht weiter, als auf 200 Thlr. Cour. herabgesetzt werden.

4. Auf die Kosten der vorigen Instanz konnte indessen dieser Herabsetzung der Strafe um so weniger Einfluß ein-

geräumt werden, als der Ankläger deren Bestimmung dem richterlichen Ermessen anheimgestellt hatte. Dagegen vernothwendigte sich eine Compensation der Kosten dieser Instanz, weil die Beschwerden des Angeklagten wenigstens zum Theil begründet erscheinen

V. (Se 1240/1858.) Das Oberappellationsgericht erkannte in dem Bescheide vom 5. Mai 1862 die Zulässigkeit des Reinigungseides in einem wegen Wuchers eingeleiteten fiskalischen Processe an, indem es Folgendes ausführte:

Die Statthaftigkeit des Reinigungseides in Strafsachen wegen Wuchers und die Folge der Verweigerung des Eides ist in der Polizeiordnung von 1572, Tit von wucherlichen Contracten Abs. 7, geradezu festgestellt, so daß es nicht einmal nöthig ist, auf die Grundsätze, welche dieserhalb in Beihalt der Güstrowschen Canzlei-Ordnung, II, 44 § 5 und des Regierungs-Rescripts vom 23. Juli 1813 für den fiskalischen Proceß gelten, zurückzuweisen. Soll nun auch nach § 14 der Verordnung vom 12. Januar 1841 die Erkennung auf den Reinigungseid in Criminalsachen nicht weiter Statt finden, so ist doch der Wucher kein Criminalverbrechen, wie der § 45 Nr. I, 5 des Rechtsmittelgesetzes vom 15. Januar 1861 bestätigt, und wenn auch die Motive zu dem § 14 cit. ergeben, daß von dem gedachten Verbote keine Ausnahme hat statuirt werden sollen, so ist damit doch eine Ausdehnung auf bürgerliche Strafsachen nicht gerechtfertigt, weshalb denn auch das revidirte Forstfrevelgesetz vom 21. März 1857 § 27 Nr. II, gleich dem früheren vom 1. März 1842 § 20 Nr. 9, die Unanwendlichkeit des Reinigungeides im Strafverfahren wegen Forstfrevels anzuordnen nöthig fand.

Nachdem in dem ebenerwähnten fiskalischen Processe die endliche Entscheidung rechtskräftig von der Ableistung des Reinigungseides abhängig gemacht, der Angeklagte sodann aber in einer Criminaluntersuchung wegen Meineides zu einer Gefängnißstrafe von 6 Monaten verurtheilt worden war,

wurde derselbe durch die übereinstimmenden Entscheidungen der Justiz-Canzlei zu Schwerin und des Oberappellationsgerichts von der fiskalischen Anklage einstweilen unter Compensation der Kosten freigesprochen, und zwar stützte sich der bezügliche Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 22. Mai 1865 auf folgende Gründe:

Es steht den Civilgerichten eine Revision der von den competenten Criminalgerichten über die Schuld eines Angeklagten gefällten Urtheile nicht zu, und da Angeklagter durch solche Erkenntnisse als des Meineides schuldig mit Strafe belegt worden, so ist er eidesunfähig, und damit die wesentliche Voraussetzung weggefallen, unter welcher die Sentenz vom 17. December 1861 von ihm den Reinigungseid forderte, und ihn dazu ließ. Daneben steht aber rechtskräftig fest, einerseits, daß durch das stattgehabte Beweisverfahren so erhebliche Verdachtsgründe erbracht sind, daß Angeklagter nur dann von der Anklage rein freizusprechen, wenn er den Reinigungseid wirklich ableistet, so wie andererseits, daß ein zur Verurtheilung desselben ausreichender Beweis nicht geführt ist. Eine Verstärkung des hinsichtlich der vorliegenden Sache obwaltenden Verdachts der Schuld des Angeklagten ergiebt sich daraus nicht, daß er bei einer anderen Gelegenheit einen Meineid geschworen hat, und wenn er so selbst seine Eidesunfähigkeit herbeigeführt hat, so begründet dies eigene Verschulden nur, daß ihm das Mittel, wodurch er reine Freisprechung erlangen konnte, entgeht. Keineswegs steht er deshalb Demjenigen gleich, der die Ableistung des Purgatoriums verweigert, indem die in der Polizeiordnung von 1572, Tit. von wucherlichen Contracten, Abs. 7, an solche Ablehnung geknüpfte Folge, daß der Angeschuldigte als überzeugter Wucherer zu behandeln sei, auf der Fiction eines Geständnisses, oder doch dem hervorgetretenen Schuldbewußtsein beruht, hierauf aber bei Demjenigen, der wegen Eidesunfähigkeit nicht zum Schwur kommt, nicht zu schließen ist.

Nun muß zwar der Regel nach im fiskalischen Straf

processe bei Nichtführung des Anschuldigungs-Beweises reine Freisprechung erfolgen, und kommt eine vorläufige nicht vor. Dies erklärt sich eben daraus, daß solche Verdachtsgründe, welche im Untersuchungsverfahren eine bloße Absolution von der Instanz herbeiführen, im fiskalischen Processe den Reinigungseid anwendlich machen, von dessen Ableistung oder Verweigerung die reine Freisprechung oder Verurtheilung abhängt. Ist dem Angeklagten wegen seiner persönlichen Eidesunfähigkeit dieses Mittel zur Erlangung reiner Freisprechung entzogen, so ist das Princip anzuwenden, welches im Criminalverfahren, wo der Reinigungseid ausgeschlossen ist, gilt, zumal da der fiskalische Proceß auch sonst Manches aus dem Inquisitionsverfahren in sich aufgenommen hat, und nicht rein nach den Regeln des Civilprocesses zu beurtheilen ist, sondern eine gemischte Natur hat.

Entscheidungen des Oberappellationsgerichts, Bd. 2 Nr. 15, Seite 30 f.

So wie hienach in der Hauptsache richtig entschieden worden, so mußten auch die Kosten compensirt werden. Ankläger hat die von ihm aufgewandten zu tragen, weil er die Beweise, von deren Führung die Verurtheilung des Gegners in die Kosten abhängig gemacht war, nicht geführt hat, und dieser hat auf Kosten-Erstattung keinen Anspruch, weil er die Sache durch eigene Schuld in die Lage gebracht hat, daß nur eine Absolution von der Instanz erfolgen kann.

---

18. Zur Auslegung des § 1 Nr. III, 1 und IV, 1 der Rechtsmittelordnung vom 15. Januar 1861.

Sa 1513/1863.

Das Gesetz schreibt vor, daß Declarationsgesuche und Anträge auf Ergänzungserkenntnisse, sofern das gegen die

Entscheidung zulässige Rechtsmittel an eine Nothfrist gebunden ist, binnen der für das zutreffende Rechtsmittel gesetzten Nothfrist bei dem Gerichte, welches die zu declarirende oder zu vervollständigende Entscheidung erlassen hat, anzubringen seien. Auf Grund dieser Bestimmungen wurde die Bitte um Declaration resp. Ergänzung eines oberappellationsgerichtlichen Querelbescheides letzter Instanz als verspätet zurückgewiesen, da das Gesuch nicht binnen 14 Tagen vorgebracht worden. Der Supplicant machte dagegen geltend, daß das Gesetz nur durch ordentliche Rechtsmittel anfechtbare Entscheidungen beziele, also auf oberrichterliche Determinationen, gegen welche überall kein weiteres Rechtsmittel zustehe nicht passe. Diese Gegenvorstellung wurde indessen durch Decret vom 20. November 1865 aus folgenden Gründen verworfen:

Die Entstehungsgeschichte des § 1, III, 1 der Verordnung vom 15. Januar 1861 führt zu dem sicheren Ergebnisse, daß nach dem Willen des Gesetzgebers Declarationsgesuche nur dann von zeitlichen Schranken haben entbunden werden sollen, wenn die betreffende Entscheidung dem Gebiete derjenigen Rechtsmittel angehört, die einer förmlichen Einlegung innerhalb einer Nothfrist nicht bedürfen, während im entgegengesetzten Falle die für das entsprechende Rechtsmittel geltende Nothfrist selbst dann eingehalten werden soll, wenn die zu declarirende Determination nach dem bestehenden Instanzenzüge und den Vorschriften über die Zahl der zulässigen Rechtsmittel unanfechtbar ist. In diesem Sinne hatte schon der erste im Jahre 1858 gedruckte Entwurf zu dem neuen Rechtsmittelgesetze dem § 53 der Verordnung vom 20. Juli 1840 eine ganz generelle Fassung gegeben, wonach alle Declarationsgesuche binnen einer Nothfrist von 14 Tagen anzubringen sein würden. Diesen Standpunkt nimmt denn auch der gedruckte Committenbericht des Jahres 1859 pag. 8 ein. Erst bei den commissarisch-deputatischen Verhandlungen des Jahres 1860 kam in Erwägung, daß der Satz doch zu allgemein laute, da in den Sachen, in welchen die Rechtsmittel selbst an

keine Fatalien gebunden sein, auch Declarationsgesuche davon unabhängig sein müßten. Zunächst wurde diese Ausnahme durch den Zwischensatz anerkannt: „wenn gegen die betreffende Entscheidung kein Recurs zulässig ist", und endlich erhielt dann die Gesetzesstelle, in Erwägung, daß es neben dem Recurse auch noch eine demselben entsprechende Gegenvorstellung gebe, ihre jetzige Fassung, durch welche nachweislich an den Grundsätzen, von denen die neue Legislation in diesem Punkte ausgegangen war, nichts hat geändert werden sollen.

---

19. Zur Lehre von den Ergänzungserkenntnissen.

Ee. 233/1867.

In einem völlig reformirenden Querelbescheide war über die Kosten der Instanz eine ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen, sodann aber auf Antrag des Klägers und Querulanten in einer ergänzenden Decision vom Querelgerichte verfügt, daß der Beklagte die Kosten zu erstatten habe. Gegen diese Verfügung erhob nun der Beklagte die Nichtigkeitsbeschwerde, indem er einen wesentlichen Mangel des gerichtlichen Verfahrens darin fand, daß das Gericht über die Kosten, nachdem dieselben bereits stillschweigend compensirt gewesen seien, nachträglich noch einmal, und zwar anders entschieden habe. Diese Beschwerde wurde durch oberappellationsgerichtslichen Bescheid vom 6. Mai 1867 verworfen.

Denn ist auch allerdings nach dem klaren Wortlaute des § 1, IV des Rechtsmittelgesetzes ein Ergänzungs-Erkenntniß nur dann zulässig, wenn in der betreffenden Entscheidung, zu welcher ein solches nachgesucht wird, über einen an sich einer solchen bedürfenden Punkt weder ausdrücklich noch stillschweigend entschieden ist, so ist dieses letztere doch nicht schon dann ohne Weiteres der Fall, wenn der frag-

liche Punkt in derselben mit Stillschweigen übergangen ist, sondern nur dann, wenn aus dem Inhalte der abgegebenen Entscheidung zugleich die Entscheidung des nicht ausdrücklich erwähnten Punktes mit logischer und rechtlicher Nothwendigkeit sich ergiebt. Dies trifft hier aber überall nicht zu; vielmehr kann, da in dem von ihm abschriftlich beigebrachten Querelbescheide die Beschwerde des Klägers für voll begründet erkannt ist, nur angenommen werden daß es auf einem Uebersehen des Kostenpunktes beruht, wenn nicht zugleich die Kosten der Querel-Instanz demselben zuerkannt sind. Auch steht die Bestimmung der l. 3 C. de fructibus et litium expensis (7, 51) der Zulässigkeit einer Nachholung dieser versehentlich unterlassenen Entscheidung auf den dieserhalb rechtzeitig gestellten Antrag des Klägers in keiner Weise entgegen, da diese Bestimmung voraussetzt, daß die fragliche Entscheidung, in welcher der Kostenpunkt versehentlich übergangen worden, für den Richter bereits unabänderlich geworden ist. Dies war aber selbst nach Römischem Rechte — vergl. l. 42 D. de re judicata (42, 1) und Wetzell, Civilproceß § 51 not. 18 — dann nicht der Fall, wenn der Richter die fehlende Bestimmung noch an demselben Tage nachtrug, und ist diese Vorschrift des Römischen Rechts durch unser Proceßrecht nur darin abgeändert worden, daß eine solche Ergänzung des Fehlenden noch binnen der 14 Tage, in welchen die Rechtsmittelfrist läuft, von der dadurch verletzten Partei nachgesucht und auf deren Antrag von dem Richter nachgeholt werden kann.

---

20. Zur Auslegung des § 3, II 1, des Rechtsmittelgesetzes vom 15. Januar 1861.

Bu 167/1867 Strel.

Wegen einer eingeklagten Forderung von 68½ Thaler war auf Beweis des Klaggrundes erkannt und der Beklagte

hatte, da ein sehr weitläufiges und kostspieliges Beweisverfahren in Aussicht stand, beantragt, dem Kläger eine Erhöhung der mit 15 Thlr. geleisteten Kostencaution um weitere 50 Thlr. unter dem Rechtsnachtheile der Entbindung des Beklagten von der Instanz aufzugeben. Das proceßleitende Gericht bestimmte indessen die nachträglich und zwar unter dem Nachtheile der sonst eintretenden Sistirung des Processes zu bestellende Caution auf 15 Thlr. Auf Querel des Beklagten setzte die Justiz-Canzlei die Summe zu 30 Thlr. fest und änderte das Präjudiz dem Antrage des Querulanten gemäß. Der Kläger wollte nun durch weitere Querel die Wiederherstellung des vom ersten Richter angedrohten Präjudizes erreichen, allein das Oberappellationsgericht wies dieses Rechtsmittel durch Bescheid vom 1. Juni 1867 als unstatthaft zurück.

Denn die hier zur Entscheidung stehende Frage betrifft weder, wie der Querulant meint, ein unschätzbares Interesse, noch ist sie abhängig von dem Werthe des Hauptstreitobjects. Es handelt sich bei den angefochtenen Decreten nur darum, in welchem Betrage bis zu 50 Thlr. der Kläger die Caution für die Kosten zu erhöhen hatte, also um einen niedergerichtlichen Streitgegenstand bis zu dieser Höhe, und das gestellte Präjudiz hatte für ihn von vorn herein kein über den Werth der Caution hinausgehendes Interesse, da er dasselbe durch die Cautionsleistung beseitigen konnte.

---

21. Competenz des judicium ad quod zur Restitution gegen den durch mangelhafte Einlegung bewirkten Verlust eines Rechtsmittels.

So. 212/1865. Strel. Ha. 857/1867.

Das Gesetz vom 15. Januar 1861 schreibt im § 21 vor: „Ist die Einlegung nicht zur rechten Zeit, oder nicht bei dem

rechten Gerichte, oder nicht auf die vorgeschriebene Weise geschehen, so zieht dieses den Verlust des Rechtsmittels von selbst nach sich. Zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen derartige Versäumnisse oder Fehler ist das bisherige Gericht zuständig." Es fragt sich, ob damit dem höheren Gerichte, an welches der Rechtszug geht, jede Competenz zur Ertheilung einer solchen Restitution habe versagt sein sollen, namentlich für den Fall, wenn das vom judicio a quo zugelassene Rechtsmittel nach Einsendung der Acten vom jud. ad quod, dem eine neue selbständige Prüfung der Formalien zusteht und obliegt, wegen eines Mangels der Einlegung abgeschlagen worden war. Das Oberappellationsgericht verweist in diesem Falle die bei ihm eingehenden Restitutionsgesuche nicht an das vorige Gericht zurück, sondern entscheidet selbst darüber.

Neuerdings hat das Oberappellationsgericht Gelegenheit gehabt dieses Verfahren näher zu motiviren. Die Justiz-Canzlei zu G. hatte eine von einem Niedergerichte zugelassene Appellation für desert erklärt und sodann den Appellanten als dieser um Restitution gegen den Ablauf der Einlegungsfrist bat, an das judicium a quo verwiesen. Auf die dawider erhobene Querel entschied das Oberappellationsgericht unterm 27. Januar 1868, daß das judicium ad quod über das Restitutionsgesuch zu cognosciren habe.

Denn wenn auch der § 21 Nr. IV des Rechtsmittelgesetzes vom 15. Januar 1861 bestimmt, daß zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß der Einlegungsfrist das bisherige Gericht zuständig sei, so kann doch dies nur auf den regelmäßigen Fall bezogen werden, wenn letzteres in Folge der ihm nach § 19 sub I obliegenden Verpflichtung, die processualische Zulässigkeit des Rechtsmittels zu prüfen, dasselbe für desert erklärt hat, oder die Partei bei Einlegung des Rechtsmittels die Restitution nachsucht. Diese Bestimmung erklärt sich auch zur Genüge daraus, daß nach dem Rechtsmittelgesetze vom 20. Juli 1840 bei devolutiven Rechts-

mitteln dem judex ad quem die Befugniß zur Gewährung einer Restitution allein zustand, es jetzt aber, wo auch dem judex a quo der Ausspruch über die processualische Zulässigkeit des Rechtsmittels zugewiesen worden, der Sachlage entsprechend schien, dem letzteren auch die Competenz zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ausdrücklich zu ertheilen. Keineswegs hat demselben diese Zuständigkeit auch für den Fall gegeben werden sollen, wenn von ihm in Folge seiner vorläufigen Prüfung die processualische Zulässigkeit nicht beanstandet ist und die Acten zur Entscheidung über das Rechtsmittel an das Appellations- oder Querel-Gericht eingesandt sind, dieses aber das Rechtsmittel verworfen hat. Denn von solchem Zeitpunkte an steht nach § 30 Nr. II, § 37 Nr. II des Rechtsmittelgesetzes das weitere Verfahren bis zur Remission der Acten unter der Leitung des letzteren, während die Competenz des vorigen Gerichts mit der Acteneinsendung aufgehört hat und erst wieder mit der Rücksendung der Acten beginnt. Aus diesem Grunde muß daher nach § 18 sub II Abs. 2 des Rechtsmittelgesetzes angenommen werden, daß der judex ad quem, so lange die Acten sich bei ihm befinden, über das Restitutionsgesuch zu entscheiden hat.
(Ku. $1296/_{1867}$.)

---

22. Ueber die Bedeutung der auf behauptetes Eigenthum in der Executionsinstanz gegründeten Intervention. Me. $767/_{1867}$.

Zum Zwecke der executivischen Beitreibung einer judicatmäßigen Schuld des Mehlhändlers B. in G. war unter Andern das im Hause des Schuldners vorgefundene Mobiliar annotirt worden. Dagegen intervenirte die Ehefrau unter Beibringung einer notariellen Urkunde, laut deren sie die abgepfändeten Mobilien von ihrem Ehemanne gekauft und tra-

dirt erhalten hatte. Ohne die Richtigkeit dieser Behauptung zu bestreiten, wandte der Gläubiger ein, die Intervenientin werde die von ihr in Anspruch genommenen Sachen doch jedenfalls zu seiner Befriedigung hergeben müssen, da 1) seine Forderung mit einer Generalhypothek versehen sei, auf Grund deren er die vom Schuldner später veräußerten Vermögensobjecte mit der Pfandklage zurückfordern könne, da 2) die actio Pauliana im vorliegenden Falle begründet sei und endlich 3) die Intervenientin ohnehin mit ihrem eigenen Vermögen hafte, indem die jetzt beizutreibende Schuld ihres Mannes aus einer Zeit stamme, während welcher sie mit demselben in der an ihrem Wohnorte geltenden und erst später durch Vereinbarung aufgelösten allgemeinen Gütergemeinschaft gestanden habe. Nachdem hierüber weiter bis zur Spruchreife verhandelt war, wurde die Intervention unter Zurückweisung der Einwendungen des Interventen sowohl in erster als zweiter Instanz für begründet anerkannt, und das Oberappellationsgericht bemerkte zu seinem bestätigenden Querelbescheide vom 9. December 1867:

Die vom Richter ausgehende Execution richtet sich gegen das Vermögen des Schuldners, ergreift daher der Natur der Sache gemäß nur die zu diesem gehörenden Gegenstände, und hat insbesondere die durch Annotation geschehene Abpfändung der im Gewahrsam des Schuldners vorgefundenen Gegenstände nicht die Folge, daß derjenige Dritte, welcher rechtlich als deren Besitzer anzusehen ist, dadurch seines Besitzes entsetzt, und dieser auf denjenigen Gläubiger übertragen wird, in dessen Interesse die Abpfändung geschehen ist. Die unter Berufung auf das ihm und nicht dem Schuldner zustehende Eigenthum geschehene Intervention des juristischen Besitzers dieser Sachen hat daher, zumal dann, wenn der Schuldner das Eigenthum derselben für sich überall nicht in Anspruch nimmt, in keiner Weise die Bedeutung einer Vindication, sondern stellt sich nur als ein Einspruch gegen die Befugniß des Richters dar, die verhängte Execution gegen diese Sachen zu richten; und wenn auch der

dadurch erhobene Streit zwischen dem Intervenienten einerseits und dem die Execution betreibenden Gläubiger andererseits auszumachen ist, so dreht sich derselbe doch nur um die Frage, ob die betreffenden Sachen als zum Vermögen des Schuldners gehörig dem Angriff durch die Execution unterliegen, oder nicht. Mögen daher auch immerhin dem Interventen gegen den Intervenienten besondere Rechte zustehen, auf Grund deren er vielleicht befugt ist, die abgepfändeten Sachen im Wege der Klage wider den letzteren zu seiner Befriedigung wegen der fraglichen Schuld des Exequenden heranzuziehen, so ist doch der Intervenient nicht verpflichtet, hier, wo lediglich die Rechtmäßigkeit der geschehenen Abpfändung durch den Richter in Frage steht, die Contestation hierüber, noch dazu in der Rolle des Klägers aufzunehmen. Da nun auch die Intervenientin im vorliegenden Falle dieser Ausdehnung des obschwebenden Incidentstreites über seine natürlichen Grenzen hinaus entschieden widersprochen hat, so kann nichts weiter darauf ankommen, daß sie eventuell zugleich bereits auf die ihr gegenüber von dem Interventen aufgestellten Rechtsbehauptungen sich erklärt hat, und ist daher, da es nach den in dem decretum a quo entwickelten Gründen nicht zweifelhaft sein kann, daß zur Zeit der geschehenen Abpfändung die abgepfändeten Sachen bereits aus dem Vermögen des Exequenden ausgeschieden nnd in das der Intervenientin übergegangen waren, mit Recht die erhobene Intervention für begründet erkannt und demgemäß die verfügte Abpfändung jener Sachen wieder aufgehoben worden.

II. Privatrecht.

A. Allgemeine Lehren.

23. Zum internationalen Privatrechte.

Nr. 165/1866

Der Oekonom N. zu M. in Mecklenburg hatte von seiner Tante S. zu K. in Preußen an deren Wohnorte ein verzinsliches Darlehn von 600 Thlr. gegen einen Schuldschein erhalten. Als er nun nach dem Tode der Darleiherin von deren Erben auf Rückzahlung der Summe belangt wurde, wandte er ein, seine Tante habe ihm, während er einmal bei ihr zum Besuche gewesen sei, die Schuld erlassen, mithin geschenkt, er habe diese Schenkung sogleich acceptirt, und die Rückgabe des Schuldscheins sei nur unterblieben, weil derselbe nicht sogleich habe aufgefunden werden können. Deshalb bitte er nicht bloß um Abweisung der Klage, sondern fordere auch widerklagend die Rückgabe des Scheines. Dagegen machte der Kläger geltend, daß der angebliche Schulderlaß nach dem für den vorliegenden Fall normirenden preußischen Rechte, welches bei Objecten über 50 Thlr. schriftliche Form der Willenserklärung erheische, ungültig sein würde. Das Oberappellationsgericht verwarf diese Replik durch Erkenntniß vom 12. November 1866.

Gründe:

1. Die auf ein allgemeines Gewohnheitsrecht zurückzuführende Rechtsregel „locus regit actum", worüber insbesondere jetzt zu vergleichen: Bar, das internationale

Privat- und Strafrecht §§ 34—39, besagt an sich nur, daß ein nach den am Orte seiner Entstehung geltenden Rechtsnormen formell gültig errichtetes Rechtsgeschäft, soweit bloß die Form in Betracht kommt, überall als gültig angesehen wird, dient also insofern bloß zur Erleichterung des Verkehrs, und hat daher keineswegesetwa die Bedeutung, daß ein Rechtsgeschäft immer nur dann als gültig zu betrachten sei, wenn die am Orte seiner Errichtung hinsichtlich der Form seines Abschlusses geltenden Vorschriften beobachtet worden sind. Freilich haben solche Formvorschriften regelmäßig den Charakter absolut gebietender Gesetze, und würde dies auch von der hier Seitens des Klägers in Bezug genommenen Vorschrift des preußischen Rechts gelten müssen, wonach für die Gültigkeit des in Frage stehenden Schulderlasses, da die schenkweise erlassene Forderung über 50 Thlr. betrug, schriftliche Fassung der bezüglichen Willenserklärung erforderlich gewesen sein soll. Da aber alle Gesetze, auch diejenigen, welche ein absolutes Gebot enthalten, in ihrer Wirksamkeit räumlich auf die Grenzen des betreffenden Staatsgebietes beschränkt sind, und die hier in Frage stehende Formvorschrift auch nicht etwa so aufgefaßt werden kann, daß dadurch die Handlungsfähigkeit der preußischen Unterthanen als solche einer Beschränkung hat unterworfen werden sollen, so würde von der Anwendung derselben unbedenklich eine Ausnahme alsdann eintreten können und müssen, wenn das durch das hier fragliche Geschäft zu begründende oder zu modificirende Rechtsverhältniß etwa völlig außerhalb der Wirkungssphäre der preußischen Gesetzgebung läge, und sich zugleich erkennen ließe, daß die bewußte Intention des Verfügenden oder der Contrahenten dahin ging, jenes Geschäft nach den am Orte seiner Wirksamkeit geltenden Normen endgültig abzuschließen.

2. Es würde sich also zunächst fragen, welcher Ort als der Sitz derjenigen Obligation anzusehen ist, die nach der Behauptung des Beklagten durch den von der Erblasserin

des Klägers erklärten Schulderlaß aufgehoben sein soll, da sich hienach die weitere Frage beantwortet, nach welches Landes Rechten das Wesen und die Wirksamkeit dieses Schuldverhältnisses bestimmt ist. Entstanden ist nun allerdings wie der der Klage anliegende Schuldschein vom 18. December 1861 zeigt, die fragliche Darlehnsobligation durch Auszahlung des dargeliehenen Geldes und Leistung des bezüglichen Rückzahlungsversprechens zu R., dem Wohnorte der Darleiherin. Dagegen fehlt es sowohl nach dem Inhalte dieses Schuldscheins, wie sonst an allen äußeren Anhaltspunkten dafür, daß nach der Absicht der Contrahenten die dort entstandene Obligation in rechtlicher Hinsicht dauernd eben daselbst fixirt werden sollte. Zwar läßt sich nicht mit Bestimmtheit ersehen, ob der Schuldner damals bereits an seinem jetzigen Wohnsitze domicilirt war, überhaupt schon ein festes Domicil hatte. Dagegen ist es als gewiß zu betrachten, daß er, ein geborner Mecklenburger, weder damals noch auch später sein Domicil in R. oder auch nur in Preußen gehabt hat. Ein bestimmter Erfüllungsort ist im Darlehnsvertrage nicht festgesetzt, und die von dem Kläger in voriger Appellations-Instanz in Bezug genommene Bestimmung des allgemeinen preußischen Landrechts, Theil I Tit. 11 § 769, welcher zufolge der Regel nach der Darlehnsschuldner verpflichtet sein soll, die Rückzahlung kostenfrei an dem Orte zu leisten, wo der Gläubiger zur Zeit des geschlossenen Vertrages seinen Wohnsitz hat, vermag, wie die wesentlich übereinstimmende Vorschrift des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 325 ausdrücklich hervorhebt, den nach allgemeinen Gründen anzunehmenden Erfüllungsort, als welcher regelmäßig der Wohnort des Schuldners anzusehen ist, wie auch der Art. 324 jenes Gesetzbuches angenommen hat, nicht zu ändern, insbesondere auch nicht, wie dort gleichfalls hervorgehoben ist, hinsichtlich des Gerichtsstandes. Ein forum contractus würde durch jene Bestimmung für die hier in Frage stehende Darlehnsobligation also nicht

zu R. begründet sein, zu dessen Realisirung auch außerdem allem Anscheine nach der Gläubigerin keine wirksamen Mittel zu Gebote gestanden haben würden. Demnach entzog sich diese Obligation mit dem Augenblicke ihrer Entstehung, sobald sich der Schuldner wieder in seine Heimath zurückbegab, der Einwirkung des preußischen Rechts und der preußischen Gerichte, und war letzterer um so sicherer entzogen, als zu der Zeit, wo die Schuld nach eingetretener vereinbarungsmäßig erforderlicher halbjähriger Kündigung fällig gewesen wäre, der Schuldner unbestrittenermaßen bereits an seinem jetzigen Wohnorte domicilirte. Da nun diejenige Ansicht, wonach im internationalen Verkehre über die Wirksamkeit obligatorischer Verhältnisse die Gesetze des Ortes entscheiden sollen, an welchem die Obligation entstanden ist, weder an sich für begründet gehalten werden kann, noch einer der besonderen Gründe hier zutrifft, aus welchem ausnahmsweise in diesem Sinne entschieden werden muß, und hier die dieser Ansicht entgegenstehenden Ansichten, wonach für die Beurtheilung obligatorischer Verhältnisse die am Sitze des Gerichts, vor welchem aus denselben geklagt wird, oder am Erfüllungsorte der Obligation oder am Wohnsitze des Schuldners geltenden Rechtsnormen regelmäßig maßgebend sein sollen — vergl. über diese Frage jetzt Bar a. a. O. Seite 166 —, in so fern im Resultate zusammentreffen, als in concreto der Wohnsitz des Schuldners, in Ermangelung entgegenstehender Gründe, als der Erfüllungsort der Obligation anzusehen ist, und zugleich im forum domicilii desselben geklagt wird: so unterliegt demzufolge auch derjenige Rechtsact, wodurch nach der Behauptung des Beklagten ihm diese Dahrlehnsschuld erlassen sein soll, und auf welchen er zugleich eine Einrede wider die erhobene Klage auf Rückzahlung dieses Darlehns, sowie eine Widerklage auf Rückgabe des fraglichen Schuldscheins gegründet hat, in Beziehung auf seine rechtliche Beurtheilung gleichfalls dem hier zu Lande geltenden Rechte.

3. Dabei ist jedoch, wie der angeführte Schriftsteller

§ 36 und 68 des citirten Werkes gleichfalls hervorgehoben und die sententia a qua für ihre Entscheidung dieses Punktes als maßgebend betrachtet hat, nicht zu übersehen, daß dessen ungeachtet aus der Verschiedenheit des am Wohnorte der Gläubigerin und am Wohnsitze des Schuldners hinsichtlich der formellen Erfordernisse eines gültigen Schulderlasses, noch dazu eines schenkungsweisen, geltenden Rechts sich der Zweifel erheben kann, ob die Gläubigerin, indem sie ihren auf diesen Erlaß gerichteten Willen in formloser Weise erklärte, dabei die Absicht hegte, ihren Willen in dieser Beziehung bereits endgültig zu binden. War sie sich nämlich dessen bewußt, daß nach dem Rechte ihres Wohnorts zur vollen rechtlichen Wirksamkeit dieses Erlasses eine Erklärung desselben in schriftlicher Form erforderlich war, so liegt, wenn sie die Beobachtung dieser Form unterließ, der Gedanke nahe, daß sie mittels jener formlosen Erklärung zunächst nur eine vorläufige Zusicherung ertheilen wollte, aus welcher der Beklagte, auch wenn er dieselbe immerhin acceptirte, doch noch kein festes Recht erwarb. Auch läßt sich dafür, daß jene Erklärung bei ihrer Formlosigkeit nur in diesem Sinne gemeint war, noch weiter geltend machen, daß bei der Gläubigerin die Kenntniß dieses ihres heimathlichen Rechts vorausgesetzt werden muß, und im Zweifel anzunehmen ist, daß sie diesem gemäß verfahren wollte.

Allein mit demselben Grunde läßt sich sagen, daß wenn sie überall ein klares Bewußtsein über die rechtliche Gestaltung des hier vorliegenden Rechtsverhältnisses hatte, sie auch wissen mußte und wußte, daß dieses Verhältniß selbst außerhalb des Bereiches und der Einwirkung ihres heimathlichen Rechtes lag, und daß nach den für dasselbe maßgebenden Rechtsnormen es zur Gültigkeit des von ihr erklärten Schulderlasses der schriftlichen Form nicht bedurfte.

Es ist daher in dieser Beziehung überall nichts zu vermuthen, sondern davon auszugehen, daß derjenige, welcher eine bestimmte Erklärung abgiebt, auch wirklich dasjenige

gerade will, was diese Erklärung besagt, und dasjenige zu verwirklichen beabsichtigt, was diese seine Willenserklärung ausspricht. Demnach können die Gründe, aus welchen die sententia a qua gegen den durch die sententia I dem Beklagten und Widerkläger freigelassenen respective auferlegten Beweis, „daß die ursprüngliche Gläubigerin, verehelichte S., ihm die jetzt eingeklagte Forderung schenkweise erlassen, und er dies acceptirt habe", den Kläger und Widerbeklagten auch noch zu dem Repliken- respective Einredenbeweise zulassen will, „daß nach preußischem Rechte der Erlaß einer Forderung von über 50 Thlr. der schriftlichen Form zu seiner Rechtsgültigkeit bedürfe", nicht für richtig gehalten werden.

---

24. Ueber die Dispositionsbefugniß Minderjähriger rücksichtlich der von ihnen geschlossenen Dienstverträge.

(Vergl. Bd. V. S. 46.) Be 1115/1867.

Die minderjährige B. war unter Zustimmung ihres Vaters von dem Gutsbesitzer M. für die Zeit von Neujahr bis Michaelis 1855 engagirt worden, seiner Tochter Musikunterricht zu ertheilen, wofür sie 60 Thlr. und freie Station erhalten sollte. Schon nach Ablauf des ersten Vierteljahrs erklärte ihr M. indessen, daß sie seinen Erwartungen nicht entsprochen, sich vielmehr zur Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit ganz unfähig erwiesen habe; er zahlte ihr 20 Thlr. und schickte sie dem Vater zurück. Dieser protestirte sogleich gegen die unzeitige Entlassung, indem er die Richtigkeit des dafür angegebenen Grundes bestritt. Nach Beendigung der Contractszeit klagte er auf Zahlung des Honorarrestes und eines angemessenen Kostgeldes. M. blieb nicht bloß dabei, daß die B. die bei einer Musiklehrerin vorauszusetzende Bildung und Erfahrung nicht habe, sondern behauptete außerdem, sie selbst habe sich nach den ersten Versuchen hievon überzeugt

und deshalb in ihre Entlassung ausdrücklich eingewilligt. B. wollte weder das Eine noch das Andere zugeben und erbat eventuell Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine von seiner Tochter etwa abgegebene zustimmende Erklärung. Der erste Richter gewährte dieses Restitutionsgesuch, verwarf daher die Einrede, daß Klägers Tochter mit ihrer Entlassung einverstanden gewesen sei, und ließ den Beklagten nur zum Beweise der Einrede des nicht erfüllten Contracts. Diese in zweiter Instanz auf Appellation des Beklagten abgeänderte Entscheidung wurde durch Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 13. Mai 1867 aus folgenden Gründen wiederhergestellt:

1. Die einheimische Praxis, welche auch in den in mehreren Städten bestehenden Gesindeordnungen Ausdruck gefunden hat, wonach minderjährige Personen in Beziehung auf die Eingehung und Aufhebung keine ungewöhnliche Clauseln enthaltender Dienstverträge und die selbstständige Vertretung der ihnen daraus zustehenden Rechte vor Gericht in einem gewissen Umfange den Großjährigen gleichgeachtet werden, bezieht sich zunächst auf das gewöhnliche Dienstbotenverhältniß, und beruht eines Theils auf der Erfahrung, daß solche Personen, welche durch ihre äußere Lebensstellung darauf angewiesen sind, diesen Beruf zu ergreifen und durch Dienstleistungen dieser Art ihren Unterhalt zu suchen, dergleichen Verhältnisse regelmäßig ohne jede Dazwischenkunft ihrer Eltern und Vormünder eingehen und auflösen, andern Theils auf der Erwägung, daß es bei der Einfachheit dieser Verhältnisse, mit welcher sie von Jugend auf vertraut sind, ihnen ein Leichtes ist, die daraus für sie entspringenden Pflichten und die daraus ihnen zustehenden Rechte so weit zu übersehen, daß sie sich bei Eingehung und Aufhebung derselben, wie bei etwa entstehenden Conflicten mit ihren Herrschaften, die zu gerichtlichen Erörterungen führen können, selbst vor Schaden zu behüten im Stande sind.
2. Eine Ausdehnung dieser Praxis über den Bereich des gewöhnlichen Dienstbotenverhältnisses hinaus, wie solches

durch die verschiedenen Gesindeordnungen überall in bestimmter Weise begrenzt ist, auf Dienstverträge aller Art, insbesondere also auch auf ein solches Dienstverhältniß, wie hier vorliegt, wodurch ein den gebildeten Ständen angehöriges junges Mädchen in einer demselben Lebenskreise angehörenden Familie die Stellung einer Lehrerin oder Erzieherin angenommen hat, läßt sich nicht nachweisen. Auch waltet die für eine analoge Ausdehnung derselben erforderliche Gleichheit des Grundes hier in sofern nicht ob, als einmal die tägliche Erfahrung zeigt, daß junge Leute der besseren Stände solche Engagements, wodurch sie in dergleichen höhere Dienstverhältnisse eintreten, nicht ohne den Beirath und die Zustimmung ihrer Eltern und Vormünder einzugehen pflegen, wenn diese bei dem Abschluß derselben auch vielfach nicht weiter vermittelnd eintreten, und als andererseits die Beziehungen, in welche sie dadurch zu ihren Dienstherrschaften treten, nicht so einfach, wie das gewöhnliche Dienstbotenverhältniß, vielmehr häufig von Verwickelungen und Schwierigkeiten mancher Art begleitet sind, so daß es oft nicht leicht ist, in denselben die richtige Stellung zu finden und zu behaupten. Demgemäß kommt es daher auch nicht vor, daß bei entstandenen Conflicten, die zum rechtlichen Austrag gedeihen, minderjährige Personen dieser Art, ohne Beistand ihrer Väter und Vormünder, selbständig handelnd vor Gericht auftreten. Mag es jedoch dessenungeachtet immerhin gestattet sein, die solchen minderjährigen Personen von Seiten ihrer Eltern und Vormünder ertheilte Ermächtigung zur Eingehung derartiger Dienstverhältnisse dahin auszudehnen, daß, wo sie das betreffende Engagement ohne deren äußere Mitwirkung abgeschlossen haben, sie auch unter gewöhnlichen Verhältnissen für sich allein zu dessen Auflösung befugt gehalten werden, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand läßt sich ihnen in keiner Weise versagen, wenn sie dabei nach der einen oder der anderen Seite hin aus jugendlicher Unerfahrenheit und Schwäche nicht mit der nöthigen Umsicht

und Festigkeit zu Werke gegangen und durch einen übereilten Verzicht auf die ihnen zustehenden Rechte zu Schaden gekommen sind.

3. Im vorliegenden Fall war aber zugleich die Lage der klägerischen Tochter um deswillen noch eine besonders schwierige, weil die Aufhebung des bestehenden Dienstverhältnisses von Seiten des Beklagten aus dem Grunde begehrt ward, daß sie zur Erfüllung der von ihr übernommenen Leistungen nicht gehörig befähigt sei. Nur wenn diese Behauptung begründet war, erschien dieses Verlangen überall gerechtfertigt und war sie genöthigt, auf dasselbe einzugehen. Nun wäre es allerdings denkbar, daß sie ein so bestimmtes Bewußtsein von ihrer wirklichen Unfähigkeit hatte, daß sie um deswillen sich gedrungen fühlte, sich jenem Verlangen zu fügen. Ebenso nahe liegt es aber auch andererseits, daß sie sich zu schwach fühlte, dem unter solchen Vorwande an sie gerichteten Begehren ihres Abgangs den erforderlichen Widerstand entgegenzusetzen, zumal ihr die Mittel fehlten, jene Behauptung von sich aus auf eine den Behauptenden überzeugende Weise zu widerlegen, und so in jugendlicher Unerfahrenheit und Uebereilung sich zur Aufgebung der ihr zustehenden Rechte bestimmen ließ.

4. Unter diesen Umständen mußte es daher für gerechtfertigt gehalten werden, wenn die sententia I. ihr die für sie erbetene in integrum restitutio gegen die von Seiten des Beklagten behauptete Einwilligung in ihre sofortige Entlassung gegen eine Zahlung von 20 Thlr. sofort ertheilte, ohne den Beklagten zum Beweise der hierauf gegründeten Einrede zuzulassen, und die Entscheidung des obschwebenden Rechtsstreits lediglich davon abhängig macht, ob und in wieweit die Behauptung begründet sei, auf welche der Beklagte sein Recht zur einseitigen Aufhebung des bestandenen Dienstverhältnisses gestützt hatte, auch ihm dieserhalb die Beweislast zutheilte.

25. Zur Auslegung der Verordnung vom 12. Mai 1855 betreffend die Einführung kurzer Verjährungsfristen für mehrere Arten persönlicher Klagen.
Ba 1065/$_{1865}$.

Aus dem Bescheide des Oberappellationsgerichts vom 20. Februar 1865:

Im § 5 sub 1 der Verordnung vom 12. Mai 1855 wird ganz allgemein vorgeschrieben, daß die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der durch diese Verordnung eingeführten Verjährungsfristen nach Maßgabe des bestehenden Rechtes zulässig sei. Im § 5 sub 2 wird hieran nichts geändert, sondern nur die Regel festgestellt, welche für unmündige, minderjährige und andere eines Vertreters bedürftige Personen hinsichtlich des Laufes der neu eingeführten Verjährungsfristen und der Wirkung ihrer Vollendung gelten soll, und es kann aus der Aufhebung der hierauf bezüglichen früheren Begünstigungen der genannten Personen, wobei es vorzugsweise auf die Beseitigung eines Stillstandes der Verjährung abgesehen war, keineswegs eine Ausnahme von der sub 1 rücksichtlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bestätigten allgemeinen Geltung des bisherigen Rechtes abgeleitet werden.

---

26. Zur Auslegung der Verordnung vom 31. Januar 1861 betreffend die Verjährung der Injurienklage.
Ee: 11/$_{1865}$. Strel.

Aus den Gründen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 22. Mai 1865:

Wie in der Theorie des gemeinen Rechtes, so steht auch in der Praxis der Mecklenburgischen Gerichte der Grundsatz fest, daß, von den besonderen Ausnahmsfällen der l. 2 C. de annali exceptione (7, 40) abgesehen, die Unterbrechung einer laufenden Klageverjährung erst dadurch

bewirkt, mithin auch der Eintritt derselben nur dadurch verhindert wird, daß die betreffende Klage schon vor dem Ablaufe der gesetzlichen Verjährungszeit nicht bloß bei Gericht angebracht, sondern auch dem Beklagten gerichtsseitig insinuirt ist, weshalb auf die abgedruckten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts II. Seite 44 ff. verwiesen werden kann, und es ist kein Grund anzunehmen, daß der Gesetzgeber, indem er von dem Bestreben geleitet die Uebelstände zu beseitigen, welche die zahlreichen Meinungsverschiedenheiten über die gemeinrechtliche Verjährung der Injurienklagen und die zum Theil unangemessene lange Dauer der betreffenden gemeinrechtlichen Verjährungsfristen hervorgerufen hatten, in der Verordnung vom 31. Januar 1861 für die Verjährung aller Privatklagen wegen Injurien neue feste Bestimmungen getroffen hat, ohne alle ersichtliche äußere Nöthigung, zum Theil im Widerspruche mit dem Bestreben, die Dauer der Injurienklagen in engere Grenzen als die bisherigen einzuschließen, von dieser gemeinrechtlichen, auch hinsichtlich der Injurienklagen bis dahin befolgten Regel abgewichen sein sollte. Eine solche Abweichung von der bisher geltenden Regel hätte eines klaren und bestimmten Ausspruches bedurft. An einem solchen fehlt es aber, und aus der Fassung der bezüglichen Bestimmungen des § 1 dieser Verordnung, daß diese Klagen nur binnen Jahresfrist oder innerhalb der nächsten vier Jahre von dem für den Beginn der Verjährung nach Verschiedenheit der Fälle festgesetzten Zeitpunkte an zulässig sein sollen, läßt sich um so weniger folgern, daß diesen Klagen hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung dadurch eine Begünstigung habe gewährt werden sollen, daß schon ihre bloße Anbringung bei Gericht vor Ablauf dieser Zeit zur Abwendung der Verjährung genüge, als in der Sprache des gemeinen Rechts ganz undenklich der gleiche oder ähnliche Ausdrücke zur Bezeichnung der Verjährungsfristen gebraucht werden, ohne daß Jemand daraus diese Folge zieht, da es Jedermann bekannt ist, unter welchen Voraussetzungen die

vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgte Anstellung der Klage allein im Stande ist, den Ablauf der Verjährung zu hindern.

---

27. Zur Lehre vom unvordenklichen Besitz.
Wa: 754/1864. (vergl. Bd. 5. S. 54.)

Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 26. Juni 1865 erlassenen Erkenntnisses:

Zum Begriffe der Unvordenklichkeit im Rechtssinne ist es erforderlich, daß der Besitz, um welchen es sich handelt, während des letzten Menschenalters bestanden hat, und keine Erinnerung an einen entgegengesetzten Zustand aus dem vorletzten Zeitalter vorhanden ist.

v. Savigny, System, Bd. 4. §§ 199 und 200,
Puchta, Pandecten § 77,
Arndts, Pandecten § 91,
von Keller, Pandecten § 77, Seite 158,
Windscheid, Pandecten Bd. 1 § 113,
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. 1 § 52, vergl. auch die bei Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. 7 Seite 193 ff. angeführten Schriftsteller.

Ergiebt sich nun freilich aus der Natur alles processualischen Verfahrens als Regel, daß das Vorhandensein der zur Begründung eines Klagerechtes gehörenden thatsächlichen Bedingungen nicht für den Zeitpunkt der Beweisführung, sondern nur für denjenigen der die Klage veranlassenden Verletzung darzuthun ist, und daher in dem Falle, wo Jemand aus einem unvordenklichen Besitze entsetzt worden ist, die Fortdauer des letzteren nur bis zu dem Momente hin erwiesen zu werden braucht, wo die zum Gegenstande der Klage gemachte Besitzesentsetzung Statt gefunden hat, so kann doch überhaupt nicht mehr

von einem unvordenklichen Besitze die Rede sein, wenn bereits länger als ein Menschenalter ein entgegengesetzter Zustand obgewaltet hat. Zwar will das Oberappellationsgericht zu Jena in dem bei Seuffert (Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 11 Seite 13 ff.) abgedruckten Erkenntnisse die rechtlichen Wirkungen des unvordenklichen Besitzes auch dann anerkannt wissen, wenn dieser als solcher in älterer Zeit bestanden hat, und das durch denselben begründete Recht nicht später auf irgend eine rechtlich nachweisbare Art — insonderheit durch einen neueren entgegengesetzten unvordenklichen Besitz — aufgehoben worden ist. Allein das angeführte Erkenntniß gelangt zu diesem Resultate nur dadurch, daß es dem unvordenklichen Besitze die Wirkung eines in sich abgeschlossenen Rechtserwerbes beilegt und für den Beweis desselben die abstracte Forderung stellt: es müsse für ein Menschenalter positiver Beweis des Besitzes, und für eine weiter rückwärts liegende Zeit der negative Beweis geführt werden, daß kein Gedächtniß eines entgegengesetzten Zustandes vorliege; während nach der bereits hervorgehobenen allgemein herrschenden Ansicht über den Begriff des unvordenklichen Besitzes gerade das Bestehen desselben in dem von der Erinnerung der jetzigen Generation umfaßten Zeitraume, so wie die Nichtexistenz einer entgegengesetzten Erinnerung der jüngst voraufgegangenen Generation das Entscheidende ist, und schon hieraus folgt, daß ein Recht um des unvordenklichen Besitzes willen nur dann als ein rechtmäßig erworbenes zu behandeln ist, wenn der Besitz sich seit unvordenklicher Zeit bis zur Gegenwart hin erhalten hat.

---

28. Unvordenkliche Ausübung eines regalen Gewerbes.
Re 696/1866.

Auf dem Gute K. besteht eine Frohnerei, deren Pächter nicht bloß auf dem eigenen Gebiete seines Verpächters, sondern auch auf andern umliegenden Gütern sein Gewerbe treibt. Gegen die Gutsherrschaft zu K. wurde deshalb fiskalische Anklage erhoben, damit ihr der fernere Frohnereibetrieb in hiesigen Landen bei namhafter Strafe untersagt werde; denn die Frohnerei sei ein regales Gewerbe, welches von Privatpersonen nur auf Grund einer, der Angeklagten nie zu Theil gewordenen landesherrlichen Concession ausgeübt werden dürfe. Die Angeklagte bestritt die Regalität und machte außerdem geltend, daß ihre Frohnerei bereits seit unvordenklicher Zeit bestehe. Nach verhandelter Sache forderte das erstinstanzliche Erkenntniß zur Elidirung der an sich begründeten und liquiden Anklage einen Beweis der vorgeschützten Einrede, welcher durch das Urtheil des Oberappellationsgerichts vom 8. April 1867 folgende veränderte Fassung erhielt:

> daß sie, (Angeklagte) seit unvordenklicher Zeit in K. einen eigenen Frohner angestellt und gehalten, auch durch denselben das Gewerbe der Abdeckerei habe betreiben lassen.

Gründe.

1. Wie im ganzen übrigen Deutschland, so war auch in Mecklenburg die Abdeckerei bis in die neuere Zeit ein Nebengewerbe der Scharfrichter, welches dieselben für ihre Rechnung durch ihre Knechte betreiben ließen. Der ausschließliche Betrieb fiel ihnen auch ohne besonderes Privilegium von selbst zu, weil den dazu gehörigen Verrichtungen ein so starker Ehrenmakel anhaftete, daß Niemand sonst mit gefallenem Vieh sich befaßte und überdies den Scharfrichterknechten die wirksamsten Mittel zu Gebote standen, jede Contravention durch die empfindlichste Beschimpfung sofort selbst zu strafen.

Beneke, Von unehrlichen Leuten S. 118 ff.

Für das Vorhandensein eines zum Scharfrichterdienst tauglichen „Meisters" zu sorgen, war natürlich die Pflicht und das Recht eines jeden Inhabers der peinlichen Jurisdiction. Da indessen ein solcher Diener der strafenden Gerechtigkeit trotz der mannigfachen Functionen, welche ihm ehemals oblagen, in einem einzigen Gerichtsbezirke keine ausreichende Beschäftigung und trotz der lohnenden Beihülfe jenes Nebengewerbes keine gesicherte Existenz finden konnte, so würde es, abgesehen von anderen in der Geschichte der einheimischen Gerichtsverfassung liegenden Gründen, erklärlich sein, daß die meisten Patrimonialgerichtsherrn einen eigenen Scharfrichter nicht hielten, sondern bei vorkommendem Bedürfniß sich durch Requisition eines fremden Meisters halfen. Seit die Tortur abgeschafft ist, und die von Henkershand auszuführenden Leibesstrafen nicht mehr angewendet werden, sind die Scharfrichter, die nur noch zur Vollziehung der selten vorkommenden Todesstrafe dienen, aus den inländischen Frohnereien nach und nach verschwunden, und lediglich die Abdecker übrig geblieben, die nunmehr aller Hülfsleistungen im Dienste der peinlichen Gerichtsbarkeit ganz enthoben sind, aber gleichwohl immer noch den darauf hinweisenden Namen Frohner führen.

2. In Mecklenburg hat es mindestens seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts als anerkannte Regel gegolten, daß für das ganze Land die erforderlichen Frohner, also die Scharfrichter, deren Knechte das Abdecken verrichteten, vom Landesherrn bestellt wurden, jedoch erhellt aus der kaiserlichen Resolution vom 23. März 1733 sub 4 ad grav. VII. des zweiten Sternberger Landtags von 1723, daß jene Regel nicht ganz ohne Ausnahme gewesen ist. Es wird hier besonders hervorgehoben, daß die Anerkennung des Landesherrlichen Bestellungsrechtes „ohne Abbruch der einigen Städten und andern Orten desfalls competirenden und wohlhergebrachten Befugniß" erfolge, und wenn auch diese Clausel nur dadurch veranlaßt sein mag, daß bei den

Vorverhandlungen einer bestimmten einzelnen ritterschaftlichen Frohnerei, welche damals in anerkannter Wirksamkeit bestand, Erwähnung geschehen war, so ist doch deutlich ausgesprocheu, daß nicht bloß eine bestimmte, sondern überhaupt jede ausnahmsweise etwa vorhandene, zu Recht bestehende, ständische Frohnerei Bestand behalten sollte. Im Uebrigen hatten sich die Stände, wie schon aus dem durch die Landesherrliche Resolution vom 16. Juli 1701 begründet befundenen grav. Spec. Suerin. 10 hervorgeht, nicht darüber beschwert, daß der Landesherr die erforderlichen Scharfrichter bestelle; sie hatten nicht etwa begehrt, auch ihrerseits vermöge ihrer peinlichen Gerichtsbarkeit ganz nach Belieben und ohne Rücksicht auf eine von jedem Einzelnen dieserhalb wohlhergebrachte Befugniß eigene Frohnereien anlegen zu dürfen; sie wollten nur daß den Landesherrlichen Frohnern das willkürliche und maßlose Sportuliren untersagt, auch den ständischen Obrigkeiten und deren Untersassen die freie Wahl unter den vorhandenen Frohnern gelassen werde. Beides ward zugestanden, namentlich wurde dieser letztere Punct durch die citirte kaiserliche Resolution dahin entschieden, daß das den bestellten Frohnern für einen gewissen Bezirk beigelegte Bannrecht nur auf die fürstlichen Aemter, die darin wohnenden fürstlichen Bedienten und Cammerunterthanen sich beziehen, dagegen denen von der Ritter- und Landschaft, sowie deren Untersassen unter den „im Land etablirten — Scharfrichtern, sowohl zu Executionen, als zur Abdeckung des verreckten Viehes" nach eigenem Ermessen zu wählen, gestattet sein solle.

3. Diese kaiserliche Resolution ist mit Recht stets als ein entscheidendes Zeugniß dafür angeführt worden, daß die Frohnereigerechtigkeit in Mecklenburg regal sei. Die Regalität ist damals nicht erst eingeführt oder auf Grund voraufgegangener Streitigkeiten von Reichswegen anerkannt, sondern als ein durchaus streitloser Punct hingestellt. Es soll dabei sein Bewenden behalten, daß der Herzog in seinen Landen die erforderlichen Frohner bestelle, und wenn da-

neben nur die einigen Ortsobrigkeiten competirenden Befugnisse vorbehalten werden, so ist damit deutlich genug nicht auf einen einfachen Besitz, sondern auf ein ausnahmsweise besonders erworbenes Recht hingewiesen. und für das erläuternd hinzugefügte Beiwort „wohlhergebracht" paßt in diesem Zusammenhange ganz dessen gewöhnliche Bedeutung, nach welcher es einen den Nachweis des Rechtserwerbes ersetzenden unvordenklichen Zustand postulirt. Die Frohnereigerechtigkeit stand also nunmehr hier zu Lande unter dem für alle niederen Hoheitsrechte durchgreifend geltenden Rechtssatze, daß sie von Unterthanen zwar erworben werden könne, aber nur auf Grund einer Landesherrlichen Verleihung, deren Beweis durch einen unvordenklichen Besitzstand entbehrlich werde. Das galt, wie sich von selbst verstand, für die Zukunft ebenso wohl, wie für die Vergangenheit. Zwar meint der Ankläger aus den Vorverhandlungen zum L.G.G. ErbVergleich und dessen §§ 343. 344 entnehmen zu können, daß, da die Stände sogar vergebens bemüht gewesen seien, die Aufnahme der in der erwähnten kaiserlichen Resolution ihre wohlerworbenen Befugnisse garantirenden Clausel zu erlangen, um so weniger ein später erst zur Unvordenklichkeit gesteigerter Besitzstand auf Anerkennung Anspruch haben könne; indessen rechtfertigt der Umstand, daß die Stände das Wegbleiben jener salvatorischen Clausel zuletzt sich haben gefallen lassen, offenbar für sich allein nicht den daraus gezogenen Schluß, daß sie damit stillschweigend auf damals ganz unbestrittene Rechte hätten verzichten wollen, deren wiederholte specielle Anerkennung durch die Landesherrschaft sie im Hinblick auf § 3 des Vergleichs füglich für überflüssig halten durften, da jedenfalls nicht gesagt werden konnte, daß der Vergleich in diesem Betreff eine positiv abändernde Bestimmung enthalte.

4. Zur Elidirung der erhobenen Anklage, welche in der Regalität der Frohnereigerechtigkeit ein ausreichendes und liquides Fundament hat, genügt es hienach freilich nicht,

daß die K.'er Frohnerei, deren Bestand nach der bestrittenen Angabe der Angeklagten seit 1690 urkundlich nachweisbar ist, im Jahre 1733 schon vorhanden war, da nicht behauptet ist, daß dieselbe damals schon auf eine im Sinne vorstehender Erörterung „wohlhergebrachte" Befugniß basirt gewesen sei; dagegen ist es allerdings von Bedeutung, wenn diese Frohnerei nun auch seitdem ununterbrochen weiter bestanden und also wenigstens zur Zeit der Eröffnung des gegenwärtigen Rechtsstreits über Menschen Gedenken hinaus existirt hat. Der Beweis dieser relevanten Thatsache hat daher der Angeklagten nicht versagt werden können Das Verlangen des Anklägers, dawider zu dem indirecten Gegenbeweise gelassen zu werden, daß das von seiner Gegnerin beanspruchte Recht während der letzten beiden Menschenalter auf dem einzig möglichen Wege eines Landesherrlichen Privilegs nicht habe erworben werden können, ist ungewährlich. Nach richtiger Ansicht ist die unvordenkliche Verjährung allerdings kein selbständiger Erwerbstitel, sondern begründet nur die Vermuthung, daß ein solcher vorhanden sei, auch ist die Möglichkeit einer gegenbeweislichen Widerlegung dieser Präsumtion nicht in Abrede zu stellen, aber was der Ankläger in dieser Richtung vorgebracht hat, ist unerheblich. Er beruft sich darauf, daß die gegenwärtig das Fideicommiß bildenden Güter, zu denen K. gehört, von Seiten der Landesherrschaft schon seit unvordenklicher Zeit zum Districte einer bestimmten Landesherrlichen Scharfrichterei gerechnet und seit der im Jahre 1718 erfolgten Vererbpachtung der letzteren in der den Erbpachtcontracten beigefügten Designation der dahin gehörenden Ortschaften stets mit aufgeführt seien. Daraus würde indessen höchstens zu schließen sein, daß die Landesherrschaft während des Zeitraums, welchen die vom Ankläger beigebrachten historischen Notizen umfassen, eine besondere ritterschaftliche Frohnerei in K. schwerlich privilegirt haben werde; es bleibt aber immer möglich, daß eben diese Frohnerei, wenn sie unter so ungünstigen Verhältnissen gleichwohl während

der beiden letzten Menschenalter und darüber hinaus ununterbrochen bestanden hat, zu einem in noch fernerer Vergangenheit liegenden Zeitpuncte einen rechtlichen Anfang genommen habe. Daß dieselbe überhaupt erst seit 1690 existire, hat die Angeklagte nicht zugestanden; sie hat nur angegeben, daß die älteste urkundliche Nachricht von der zu einer noch früheren unbekannten Zeit begründeten K.'er Frohnerei aus jenem Jahre stamme.

5. Rücksichtlich des von der Angeklagten zu führenden Einredebeweises muß ihr zuvörderst zugegeben werden, daß „ein ungestörter Besitz" nicht zu den unerläßlichen Requisiten der unvordenklichen Verjährung gehört, wenn der bestehende und aufrecht zu haltende Zustand seit Menschengedenken nur keine wirkliche Unterbrechung erfahren hat.

Savigny, System Bd. 4. S. 526.

Es ist aber ferner anzuerkennen, daß die Angeklagte zur Beseitigung der ganzen Anklage nur den im gegenwärtigen Urtheile vorgeschriebenen Beweis zu erbringen braucht, also nicht noch außerdem wie das vorige Erkenntniß verlangte, darzuthun hat, ihr K.'er Frohner habe seit unvordenklicher Zeit auch außerhalb ihrer Begüterung auf bestimmten anderen Rittergütern sein Gewerbe betrieben. Es ergiebt sich dies aus folgender Betrachtung. Da die in Rede stehende Gerechtigkeit eine regale ist, dieselbe mithin für die seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen vorhanden gewesenen ständischen Frohnereien auf eine in Vergessenheit gerathene Landesherrliche Verleihung zurückgeführt werden muß, so sind nach allgemeiner Rechtsregel und abgesehen von besonders erweislich zu machenden Concessionsbeschränkungen die von einer dazu privilegirten ständischen Ortsobrigkeit berufenen Frohner den unmittelbar vom Landesherrn bestellten gleich zu achten. Beschränkungen eines an sich berechtigten unzünftigen Gewerbebetriebes auf einen bestimmt begrenzten geographischen Bezirk sind durchaus ungewöhnlich, und selbst bestehende Bannrechte sind bekanntlich nicht gegen den fremden Concurrenten, sondern gegen die dem Banne

unterworfenen Consumenten gerichtet. Ueberdieß stehen, wie sich gezeigt hat, die Mitglieder der Ritter- und Landschaft nebst ihren Untersassen nicht unter dem Banne bestimmter Frohner, auch ist ein solches Bannrecht durch die kaiserliche Resolution von 1733 nicht etwa erst abgeschafft, sondern als überall nicht begründet anerkannt, und den Ständen die freie Wahl unter den im Lande etablirten Frohnern, also ohne Beschränkung auf die vom Landesherrn unmittelbar bestellten, gelassen Durch den L.G.G.Erb=Vergleich ist in diesem Puncte nichts geändert. Was der Antläger aus den Vorverhandlungen mitgetheilt hat, läßt nicht erkennen, daß über die angeführte Bestimmung der kaiserlichen Resolution Contestationen Statt gefunden haben oder irgend welche Aenderung erstrebt sei. Von den beiden hieher gehörenden §§ 343, 344 des Vergleichs selbst wiederholt der erste nur die Versicherung, daß das Bannrecht, welches den vom Landesherrn in den Domanialämtern und Städten bestellten Frohnern beigelegt war, die Ritterschaft nicht binde, wogegen im zweiten gefordert wird, daß die Ritterschaft wenigstens keine auswärtigen Frohner gebrauche, sondern dergleichen Leute aus den einheimischen und Landeseingesessenen nehme. Zu diesen gehören die auf ritterschaftlichen Gütern rechtmäßig etablirten Frohner doch ganz gewiß, und es würde gegen den ganz constanten Sprachgebrauch verstoßen sein, wenn hier nur die vom Landesherrn unmittelbar concessionirten Personen, und nicht vielmehr in Uebereinstimmung mit der Resolution von 1733 alle im Lande etablirten gemeint sein sollen. Hienach kann die restringirende Auslegung des § 344 für zulässig nicht geachtet werden. Das einzige dafür geltend gemachte Argument besteht darin, daß die beiden citirten §§ als eine Periode gefaßt sind, in welcher man auf den im § 343 enthaltenen, durch das Wort zwar gekennzeichneten Vordersatz allerdings hinter dem Worte jedoch, womit der § 343 anhebt, einen Nachsatz zu finden erwartet, durch welchen das Wahlrecht

der Ritterschaft auf den Kreis der im Vordersatze genannten Personen beschränkt werde. Der Nachsatz sagt nun mehr als der Vordersatz erwarten ließ, steht aber seinem vollen wörtlichen Inhalte nach mit dem damals auf Grund der kaiserlichen Resolution von 1733 unbestritten geltenden Rechte in Einklang, und unter diesen Umständen ist denn entschieden statt einer beschränkenden Deutung nur die Annahme gerechtfertigt, daß jeder der beiden §§ eine selbständig für sich bestehende Bestimmung enthalte, und daß der durch die Satzverbindung zwischen beiden anscheinend hergestellte logische Zusammenhang in der That nicht vorhanden, die gewählte Fassung vielmehr eine nicht ganz correcte sei.

Der Ankläger legte hiegegen das Rechtsmittel der Restitution ein, weil der Angeklagten der im erstinstanzlichen Erkenntnisse geforderte Beweis, daß ihr Frohner auch außerhalb ihrer Begüterung auf bestimmten andern Rittergütern sein Gewerbe seit unvordenklicher Zeit betrieben habe, nicht hätte erlassen werden sollen. Diese Beschwerde wurde indessen vom Oberappellationsgerichte durch Bescheid vom 26. August 1867 verworfen.

Denn die unvordenkliche Verjährung ist kein selbständiger Erwerbstitel, die in der Vergangenheit liegenden Ausübungshandlungen gewähren nicht erst, wie bei der ordentlichen und außerordentlichen Ersitzung, das Recht, sondern begründen nur die Vermuthung, daß dasselbe rechtsbeständiger Art früher einmal entstanden sei. Wann und in welchem Umfange der ursprüngliche Erwerb erfolgt sei, ist völlig ungewiß, und Sache des Gegenbeweises ist es, einen bestimmten Anfang darzulegen. Der Angeklagten ist auch nicht der Beweis auferlegt worden, daß der gegenwärtige Zustand schon in den Jahren 1733 oder 1755 seit unvordenklicher Zeit bestanden habe, sondern der Beweis erstreckt sich allgemein auf die Zeit vor Anstellung der gegenwärtigen Klage, so daß derselbe sich nur auf einen Zeitraum zu richten braucht, welcher noch nach jenen Zeitpuncten beginnt.

Sollte deshalb auch die Behauptung des Imploranten richtig sein, daß das dem Landesherrn zustehende Frohnereiregal bis 1733 darin bestanden habe, Frohner mit einem bestimmten, geographisch abgegrenzten Gewerbebezirke, unter welchen auch das ritterschaftliche Landesgebiet gefallen sei, zu bestellen, so würde doch daraus und aus der Angabe der Angeklagten, daß sie schon seit 1722 ununterbrochen zu K. einen Frohner gehalten habe, nichts dafür folgen, daß der letzteren das Privileg nur mit der durch die Exclusivität jenes Regals bedingten Beschränkung habe verliehen werden können und wirklich verliehen sei. Für das Privileg entscheidet die Zeit während der beiden letzten Menschenalter, und zur Beseitigung der hiedurch begründeten Vermuthung genügt nicht der Nachweis der Thatsache, daß in der vor derselben liegenden früheren Zeit einmal ein anderer Zustand bestanden habe, sondern es ist darzulegen, daß ein solcher sich in ununterbrochenem Zusammenhange bis in die während der zwei letzten Menschenalter geschehene Ausübung erstreckt habe.

Savigny, System Bd. IV. pag. 533, 534.

Jene Exclusivität des Regals bestand aber seit dem Jahre 1733 rücksichtlich des ritterschaftlichen Gebietes entschieden nicht mehr, und es steht mithin hieraus der Annahme nichts entgegen, daß seitdem bis auf die Neuzeit ein vom Landesherrn muthmaßlich verliehenes Privileg sich auch auf dieß letztere Gebiet erstrecken konnte, so lange nicht eine ausdrückliche Verleihung desselben mit beschränkter Wirkung nachgewiesen werden kann. Nur dann müßte man das Gegentheil zugeben, wenn die Natur und das Wesen des Regals dessen Uebertragung in anderer, als einer so beschränkten Art ausschlösse, was jedoch nicht der Fall ist. — Aber jene Behauptung des Imploranten erscheint auch nicht begründet. Aus den gravaminibus de 1684 ist nicht zu erkennen, daß die Stände die Exclusivität des Regals in der Richtung, daß auch ihr Gebiet demjenigen Frohner, in dessen Bezirke dasselbe liege, ausschließlich

unterworfen sei, als rechtlich bestehend angenommen, und nur die Wiederaufhebung eines ihnen entgegenstehenden Rechts begehrt haben: vielmehr geht aus der Fassung deutlich hervor, daß ihre Beschwerde gegen das Verfahren der Frohner geht, welche ihnen die Wahl „verwehren wollen", worin, namentlich in Beihalt des vorhergebrauchten Wortes „unterstanden", deutlich ausgedrückt liegt, daß sie dasselbe als einen ungerechtfertigten Uebergriff bezeichnen. Ward auch in der darauf erfolgenden Resolution dieser Beschwerde nicht vollständig abgeholfen, so beruhigten sich doch Stände dabei nicht, sondern wiederholten dieselbe, und wurde nunmehr durch die kaiserlichen Resolutionen vom 23. März 1733 zwar das Regal des Landesherrn anerkannt, zugleich aber auch das Wahlrecht der Stände zwischen den im Lande etablirten Frohnern ausgesprochen. Dieselben haben danach diese Berechtigung nicht erst neu erworben, sondern es ist ihnen solche auf ihre Beschwerde, gerichtet auf Beseitigung eines von ihnen bestrittenen Zustandes, gewährleistet. — Die Argumentationen des Imploranten, hergenommen aus dem rechtlichen Zustande vor 1733, geben deshalb einen Anhalt für die Annahme, daß das Privileg der Angeklagten nur mit der Beschränkung der Ausübung für deren eigene Güter erworben sein könne, nicht, und es ist von ihm nicht behauptet worden, wann eine ausdrückliche Verleihung desselben erfolgt, und daß eine solche nur mit dieser Beschränkung geschehen sei.

Steht aber vermöge einer Ausübung während unvordenklicher Zeit fest, daß das betreffende Privileg rechtmäßig erworben sei, uud läßt sich nicht mehr nachweisen, in welchem Umfange dasselbe verliehen worden, so können die einzelnen Ausübungshandlungen für die Beurtheilung dieses Umfanges nicht schlechthin maßgebend sein, da sie nicht den Erwerbsgrund des Rechtes bilden. Derselben ist vielmehr zu beurtheilen nach dem regelmäßigen Inhalte eines solchen Rechts, und nur wenn eine über den letzteren hinausgehende Befugniß behauptet werden sollte, ist diese zu erweisen, Beschränkungen desselben sind aber von demjenigen darzu-

legen, welcher sie für sich geltend macht. In dieser Beziehung ist mit dem vorigen Erkenntnisse daran festzuhalten, daß seit dem Jahre 1733 der Ritterschaft das freie Wahlrecht unter den Landesherrlich bestellten Frohnern unbestritten gebührte, und daß dies Recht durch den LGGErbVergleich nicht aufgehoben ist; alle Privilegien für solche Frohner hatten also regelmäßig den Inhalt, daß sie rücksichtlich der Ritterschaft auf den bestimmt ihnen zugetheilten Bezirk nicht beschränkt waren, sondern daß sie das Gewerbe auch auf dem außerhalb des letzteren belegenen ritterschaftlichen Gebiete üben konnten; sollte dieß nicht der Fall sein, so mußte das besonders ausgesprochen sein. Es läßt sich nicht absehen, warum dies bei denjenigen Frohnern, welche ein Rittergutsbesitzer vermöge des ihm übertragenen Regals anstellte, anders sein sollte, es müßte denn behauptet und bewiesen werden, daß diese Uebertragung nur mit einer solchen beschränkenden Wirkung geschehen sei. Der Umstand, daß einem Landesherrlich bestellten Frohner das Privileg gegeben wird, um dasselbe als sein Gewerbe zu betreiben, daß aber eine ständische Obrigkeit die Frohnerei nicht als ein Gewerbe ausübt, ändert daran nichts. Der Sinn einer solchen Uebertragung an die betreffende Obrigkeit ist überall nicht der, daß diese nunmehr die Frohnerei betreiben könne, sondern geht dahin, daß dieselbe vermöge der Erwerbung des Regals für ihre Güter die Berechtigung erhält, einen Frohner zu bestellen, und diesem ein Privileg zur Ausübung des Gewerbes zu geben. Ist es freilich selbstverständlich, daß dieselbe nicht die Befugniß enthält, dem Frohner zu gestatten, daß er auch in den Bezirken fungire, für welche die direct vom Landesherrn bestellten Frohner bereits ein ausschließliches Privileg erhalten haben, so steht dem nichts entgegen, daß derselbe von der ihm verliehenen Befugniß allenthalben da Gebrauch machen könne, wo das Regal des Landesherrn eine solche Ausübung nicht ausschließt, vielmehr denjenigen Personen, welche ihn requiriren, die freie Wahl zwischen allen im Lande

etablirten Frohnern ausdrücklich zugesichert ist. Daß der Ritterschaft das Wahlrecht nur rücksichtlich der Landesherrlich bestellten Frohner zugestanden sei, hat zwar Implorant mit Bezugnahme auf die §§ 343, 344 des L.G.G.Erbvergleichs wiederholt zu begründen versucht; allein es sind dadurch die bereits in der vorigen Sentenz für die gegentheilige Annahme ausgeführten Gründe in keiner Weise widerlegt worden, so daß auf dieselben hier Bezug genommen werden kann.

Es ist freilich richtig, daß diese Befugniß der Ritterschaft nicht unmittelbar dem Frohner selbst eine von dem etwanigen beschränkten Inhalte ihres Privilegs abweichende und demselben widersprechende Berechtigung giebt, und daß diejenigen unter ihnen, welche dem entgegen ihr Privileg überschreiten, dieserwegen belangt werden mögen, und es steht weiter nicht zur Frage, ob und in wie weit die Ritterschaft aus jener ihr zugesicherten Befugniß etwa ein Recht der Beschwerde und des Widerspruchs dagegen herleiten könnte, daß durch solche Beschränkungen der Frohnereiprivilegien ihr Wahlrecht ihr thatsächlich entzogen werden würde. Aber die gegenwärtige Entscheidung hat auch hierauf nicht zu fußen. Es kommt nur darauf an, daß auch ein regales Gewerbe allenthalben da ausgeübt werden kann, wo weder die Regalität noch sonst verbietende Bestimmungen entgegenstehen; und daß diejenige Gutsherrschaft, welche das Recht zur Haltung eines eigenen Frohners erworben hat, demselben auch den Betrieb der Abdeckerei auf anderen ritterschaftlichen Gütern gestatten kann, ist um so mehr anzunehmen, als eben der Ritterschaft die Zuziehung eines jeden Frohners im Lande zusteht, der berechtigte Gutsbesitzer also mit Recht annehmen darf, daß, wenn ein anderes nicht bestimmt worden, sein Frohner den an sich begründeten und völlig erlaubten Requisitionen seiner Mitstände Folge leisten dürfe. — Daß damit, wie Implorant meint, ausgesprochen sei, solche Frohner hätten die Berechtigung, auch in den Städten des Landes ihr Gewerbe

zu betreiben, erhellt aus den Rationen der vorigen Sentenz in keiner Weise, um so weniger, als sogar in dem aufgehobenen Beweissatze des ersten Erkenntnisses ausdrücklich nur auf des ritterschaftliche Landesgebiet Bezug genommen war. —

---

29. Dem Pächter steht die exceptio spolii ebensowenig wie die actio spolii zu. Be 149/₁₈₆₄ Strel.

Aus den Gründen des vom Oberappellationsgerichte unterm 27. März 1865 erlassenen Erkenntnisses:

Die exceptio spolii steht dem Pächter wegen Entsetzung aus seinem Pachtbesitze nicht zu. Wenn zwar die ältere gemeinrechtliche Praxis den Begriff des Spoliums so weit ausdehnte, daß sie auch dem Detentor die actio spolii gab, so ist dies doch gegenwärtig in der Theorie allgemein als unhaltbar anerkannt, und hat sich in der neueren Zeit auch die Praxis der Mecklenburgischen Gerichte gegen eine so weit gehende Ausdehnung des Besitzschutzes entschieden. Die exceptio spolii kann aber ihrem Begriffe nach nur demjenigen gewährt werden, welchem die actio spolii zusteht.

---

30. Ueber das beneficium cessionis bonorum
Lu: 582/₁₈₆₅.

Zur Beilegung des M.schen Debitwesens war den convocirten Concursgläubigern vom Gerichte ein Vergleich vorgeschlagen, für dessen Erfüllung die Ehefrau des Cridars sich verbürgte. Dabei war ausdrücklich hervorgehoben, daß wenn die Activmasse nach accordmäßiger Befriedigung aller Creditoren nicht völlig erschöpft sein sollte, der Ueberschuß

dem Gemeinschuldner verbleibe. Ehe die Verhandlungen über diesen demnächst zu Stande gekommenen Vergleich ganz zu Ende geführt waren, erklärte ein mit bedeutender Summe betheiligter Wechselgläubiger, daß er an dem Concursprocesse nicht länger Theil nehmen werde, indem er auf Befriedigung aus der Concursmasse verzichte. Er erhob hienach sofort Klage aus den liquidirt gewesenen Wechseln unter Hinweisung auf seinen Austritt aus dem Corps der an dem noch schwebenden Concurse betheiligten Gläubiger und mit der Bemerkung, daß es ihm zunächst nur auf Unterbrechung der Klageverjährung ankomme und daß er sich lediglich an dasjenige Activvermögen zu halten gedenke, welches sein Schuldner in Folge des Vergleichs etwa aus dem Concurse retten, oder später noch erwerben möchte. Zur Begründung dieses Anspruches führte er aus, daß dem Cridar das beneficium cessionis bonorum bisher nicht ausdrücklich ertheilt sei, und demselben als einem leichtsinnigen Schuldenmacher entschieden abgesprochen werden müsse. Das Oberappellationsgericht wurde hiedurch zu folgendem, in dem Bescheide vom 9. October 1865 enthaltenen Ausspruche veranlaßt:

Da der Wille Desjenigen, welcher die Abtretung seiner Güter an seine Gläubiger erklärt, dahin gedeutet werden muß, daß er die cessio bonorum zum Zwecke der Herbeiführung aller der günstigen Rechtsfolgen, welche gesetzlich mit dieser Handlung verknüpft sind, vorgenommen haben wolle, so wird sofort vom Beginn des durch eine solche Erklärung des Cridars herbeigeführten Concurses an die Frage rechtshängig, ob demselben das beneficium cessionis bonorum zu bewilligen sei, und steht, während diese Frage schwebt, keinem Gläubiger, dessen Forderung aus der Zeit vor der Eröffnung des Concurses herrührt, das Recht zu, den Cridar außerhalb des noch fortdauernden Concursverfahrens mit Specialklagen zu verfolgen, durch deren Zulassung der Cridar als ein der Rechtswohlthat der Güterabtretung Unwürdiger behandelt, und von dem Schutze dieser Rechtswohlthat in der hier fraglichen Zeit ausge-

schlossen sein würde, obwohl der Anspruch auf das beneficium für den Berechtigten unmittelbar durch die Abtretungserklärung begründet wird, und eben deswegen die Wirkungen des beneficium nicht vor der Aberkennung desselben ignorirt werden dürfen. Eine Verhandlung und Entscheidung über das Recht des Cridars auf diese Wohlthat ist aber nur innerhalb des Concursverfahrens, nicht aber in einem Specialprocesse mit einem Gläubiger statthaft, welcher seine Liquidation im Concurse zurückgenommen hat.

---

31. Zur Lehre von der Selbsthülfe. Ja 230/$_{863}$.

Der Kossat J. zu P. bewirthschaftete seine Bauerstelle auf Grund eines mit Johannis 1863 zu Ende gehenden Zeitpachtcontractes und der Gutsherr, der eben im Begriff war eine längere Reise anzutreten, beauftragte deshalb am 24. Juni jenes Jahres sein Patrimonialgericht im Laufe des Johannistermins die Stelle einer bestimmten andern Person zu tradiren, auch wegen Unterbringung des bisherigen Pächters dem Rechte entsprechende Einleitungen zu treffen. In dem zu solchem Zwecke angesetzten Termin verweigerte jedoch J. die Rückgabe der Wirthschaft und Hofwehr mit der Erklärung, daß er nur der Gewalt weichen werde und der Gutsherr den Rechtsweg beschreiten möge. Gleichwohl wurde ihm vom Patrimonialgerichte eröffnet, daß ihm die Wirthschaft auf der Kossatenstelle abgenommen sein solle und er das Superinventar von der Hofstelle zu entfernen habe, ihm aber einstweilen seine bisherige Wohnung verbleiben solle.

J. folgte dieser Weisung und klagte sodann gegen den Gutsherrn wegen gewaltsamer Dejection mit der Bitte:

1. den Beklagten zu verurtheilen, daß er ihn völlig in integrum restituire und entschädige.
2. den Beklagten des Rechts, aus welchem er die Entsetzung hergeleitet, wegen der Selbsthülfe für verlustig zu erklären.

Das erste Erkenntniß verurtheilte den Beklagten ad 1. wies aber das zweite Klagegesuch angebrachtermaßen ab. Diese Entscheidung wurde auf beiderseitige Appellation durch oberappellationsgerichtliche Sentenz vom 16. October 1865 im Uebrigen bestätigt, jedoch wurde auf Beschwerde des Beklagten ad 2 reine Abweisung ausgesprochen.

Gründe.

1. — — — — — — — — — — — — —.

2. — — — — — —. Ist auch nicht wahre Gewalt gegen die Person des Klägers verübt, so ist ihm doch wider seinen erklärten Willen die Stelle abgenommen, und deren Bewirthschaftung einem Anderen übertragen. Er sollte exmittirt sein, und es unterblieb die Auswerfung aus der Wohnung nur, weil er einstweilen untergebracht werden mußte. Sich mit Gewalt zu schützen, war bei der Macht des Gerichts, welches ihm entgegentrat, völlig unangemessen. Hatte das Gericht als bloßer Mandatar des Beklagten gehandelt, so konnte Kläger lediglich durch Klage Aufhebung und Widereinsetzung erlangen. Hatte es aber auf Antrag des Beklagten administratives Verfahren eingeleitet, so macht der vom Kläger ergriffene Recurs, in Folge dessen dasselbe durch das Rescript des Ministeriums des Innern vom 5. August 1863 als unzulässig gemißbilligt, und dem Beklagten aufgegeben wurde, dem Verfahren keine weitere Folge zu geben, klar genug, wie wenig Kläger sich demselben freiwillig unterworfen hat. Demnach ist ohne Zweifel eine solche Gewalt gegen den Kläger geübt, als nach l. 13 D. quod metus causa (4, 2) u. l. 7 D. ad legem Juliam de vi privata (48, 7.) zum Thatbestande unerlaubter Selbsthülfe gehört.

3. Was sodann die Verhaftung des Beklagten für die Procedur seines Patrimonialgerichts anlangt, so ging der Auftrag, welchen ersterer, wie er selbst anführt, dem letzteren gemacht hat, kurzweg dahin, daß es die Stelle dem Fr. tradire und die klägerische Familie anderweitig unterbringe. Es war damit nicht einmal gesagt, daß es sich vom Kläger

die Stelle zurückgeben lassen solle, vielmehr lautet der Auftrag so, daß die Tradition an Fr. und die Unterbringung des Klägers ohne solche Rückgabe zu geschehen habe. Dem entspricht die Procedur des Patrimonialgerichts, und Beklagter kann nicht einwenden, daß dasselbe über den wörtlichen Inhalt des Mandats hinausgegangen ist. Dennoch muß zugegeben werden, daß sich von einem Gerichte ein solches tumultuarisches Vorgehen nicht erwarten ließ, und Beklagter daher entschuldigt war, wenn er dasselbe sofort, als er davon Kunde erhalten, gemißbilligt, und durch alsbaldige Restitution thatsächlich an den Tag gelegt hätte, daß die Ausführung unter den obwaltenden Umständen seinem Willen nicht entsprochen. Allein hieran hat Beklagter es fehlen lassen. Die Antwort, welche das Ministerium des Innern ihm auf seine Erklärung vom 21. Juli 1863 unterm 5. des folgenden Monats giebt, zeigt, daß er schon am 21. Juli von den Vorgängen Kenntniß gehabt, und sie in Schutz genommen hat. Ferner war ihm die Klage mit den weiteren Vorträgen und Anschlüssen bereits am 12. September 1863 zu Händen gekommen. Er restituirte auch jetzt noch nicht. Erst am 6. Februar 1864 erfolgte die Restitution, ohne seine Verbindlichkeit dazu anzuerkennen, und noch gegenwärtig vertheidigt er sich gegen solche Verbindlichkeit und beantragt die Abweisung der Klage. Durch alles dieses ist seine Genehmigung der geschehenen Entsetzung des Klägers und sein Einverständniß mit dem Verfahren des von ihm beauftragten Patrimonialgerichts genugsam zu Tage getreten, so daß ihn die volle Verantwortung trifft.

4. Kein wohlgeordneter Staat kann Eigenmacht dulden. An der Spitze der angeführten Gesetze und ebenso in l. 176 D de regulis juris (50, 17), l. 9 C. soluto matrimonio (5, 18) steht die allgemeine Vorschrift, daß ein Jeder, der Ansprüche zu haben vermeine, sich nicht selbst Befriedigung zu verschaffen, sondern den Richter anzugehen habe, und sie ist sowohl im Canonischen Rechte, als in den Reichsgesetzen mit

größtre Schärfe wiederholt sanctionirt. Dieses generelle Verbot erleidet dadurch keine Beschränkung, daß daran Bestimmungen für gewisse Fälle geknüpft wrden, mag auch in dieser Gestalt die Selbsthülfe gegen persönliche Schuldner gewöhnlich auftreten. Das Verbot wird hier und in andern Gesetzen nur im Einzelnen angewandt und durch Bedrohung mit einer Privatstrafe verschärft, so wie denn auch aus der Generalverordnung, daß Niemand sich Richter sein dürfe (l. 10 D de jurisdictione (2, 1), l. un. C. ne quis in sua causa (3, 5), die Unstatthaftigkeit jedes selbstrichterlichen Verfahrens eines Privatmannes von selbst folgt. Land- und Hofgerichts-Ordnung II., 39 § 1. Sogar die Landesherren haben im Art. 3 der Reversalen von 1572 zugesagt, daß, wenn Sie Jemanden ihrer Unterthanen zu belangen hätten, wider dieselben mit Citation zum Verhör und Erkundigung der Sachen verfahren werden solle, wie solches in göttlichen, natürlichen und beschriebenen Rechten versehen, damit eines Jeden Einrede und Entschuldigung angehört, Beweis aufgenommen, und ordentlich darüber erkannt werde.

5. Zu Gunsten des Verpächters, Commodanten oder Deponenten wird nirgends eine Ausnahme gemacht und in ihrem Verhältnisse zum Schuldner liegt Nichts, welches ein Aufgeben der Rechtsordnung räthlich machen könnte. In den Fällen der ll. 12 und 18 D. de vi (43, 16) hätte es sogar nahe gelegen, dem Verpächter, oder in dessen Vertretung dem Käufer, welchen der Pächter nicht in den Besitz des Pachtstücks einlassen will, die Befugniß der sofortigen gewaltsamen Hinauswerfung des Pächters zuzugestehen. Aber Dies ist nicht geschehen, und hielt davon wahrscheinlich die Erwägung ab, daß regelmäßig in solchen Fällen der Pächter sich auf bestimmte Rechtsgründe berufen wird, wegen deren er nicht zu räumen braucht, ebenso meistens nur verlangen wird, in dem bisherigen Pachtbesitze zu bleiben, ohne sich selbst juristischen Besitz anzumaßen, und daß alsdann der Gesichtspunct einer heimlichen

oder gewaltsamen invasio rei alienae, deren sofortige Zurücktreibung unter Gewaltanwendung erlaubt ist, nicht zutrifft, wie auch in der l. 6 und l. 20 D. de acquirenda vel omittenda possessione (41. 2) und l. 12 in fin. D. de vi (43, 16) angedeutet wird. Auch die strenge Strafbestimmung der l. 10 C. unde vi (8, 4) und l. 34 C. de locato (4, 65) spricht gegen die Annahme solcher Befugniß des Verpächters und scheint eben wegen des Verbotes der Selbsthülfe gegeben zu sein. Ebenso wenig hat der § 327 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs für das Verhältniß der Gutsherrschaft zu den Bauern an dem Grundsatze etwas geändert; im Gegentheil bestätigt er auch rücksichtlich dieses Verhältnisses das bestehende Verbot ausdrücklich. Zunächst ward im § 325 festgestellt, daß die Bauersleute das Pachtstück, welches sie von der Gutsherrschaft inne haben, derselben, wie lange sie solches auch besessen haben mögen, auf geschehene Loskündigung unweigerlich und ohne Proceß-Weitläufigkeit abzutreten und einzuräumen schuldig sind, daferne sie keine Erbzins- oder andere Gerechtigkeit erweisen können. Sie sind also sonstigen Pächtern gleichgestellt, und das ihrer Verbindlichkeit entsprechende Recht der Gutsherrschaft geht lediglich auf Restitution der Sache. Davon, daß es einer solchen nicht bedürfe und der Verpächter sie im Weigerungsfalle ohne Weiteres vertreiben könne, ist nicht die Rede. Im Gegentheil zeigt die ganze Fassung, daß ordnungsmäßiges Gehör des Bauern und ein kurzes Verfahren mit Abschneidung der für unstatthaft erklärten Einreden vorausgesetzt ist, und der § 327 bestätigt dies, indem er das weitere Verfahren für den Fall, daß sich die Bauersleute auf rechtliche Weigerungsgründe berufen haben, regulirt. Der Gutsherr durfte derzeit die Jurisdiction in Person ausüben. War er bei der Sache interessirt, so normirten hinsichtlich der freien Leute die §§ 412 und 413 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs, wogegen der § 327 den Punct in Ansehung der fraglichen Klagen gegen die leib-

eigenen Bauern etwas anders, immer aber so regelte, daß die Entscheidung nur von den Landesgerichten ergehen durfte, und die eigenmächtige Vertreibung der Bauersleute als den Rechten zuwider der Gutsherrschaft untersagt wurde. So wird das allgemeine Verbot auch für dies Verhältniß zu den Leibeigenen als geltend erklärt, und wenn es an den Fall geknüpft wird, daß der Verklagte sich in dem eingeleiteten Verfahren auf eine Erbzins- oder andere Gerechtigkeit berufen habe, so erklärt sich dies genügend daraus, daß nach Annahme des Gesetzes andere Einreden unzulässig sind und die Execution nicht aufschieben. Wie wenig das Verbot auf jenen Fall beschränkt ist, ergiebt sich auch daraus, daß die Pflicht, zu weichen und das Grundstück abzutreten, von zeitiger Aufkündigung abhängig gemacht ist, und diese bestritten, oder wegen eines persönlichen Versprechens unstatthaft sein kann. Unter allen Umständen kann seit der Patent-Verordnung vom 18. Januar 1820, wegen Aufhebung der Leibeigenschaft, nr. 11 und 19, und der Patrimonialgerichts-Ordnung vom 21. Juli 1821, §§ 3 und 6, von der dem Gutsherrn in Sachen dieser Art früher zuständigen Jurisdiction nicht mehr die Rede sein, und hat er solche Sachen beim Patrimonialgerichte anzubringen, so daß das allgemeine Verbot hier selbst dann wirksam sein würde, wenn der betreffenden Stelle des § 327 ein engerer Sinn untergelegt werden dürfte.

6. Was gegen die Prohibitivgesetze unternommen wird, kann nicht aufrecht erhalten werden, und so wie bei Rechtsgeschäften, welche denselben zuwider laufen, Nichtigkeit (l. 5 C. de legibus 1, 14) die natürliche Folge ist, so nehmen derartige einseitige Handlungen die Delicts-Natur an, und müssen sie dergestalt aufgehoben werden, daß sie als nicht geschehen erscheinen. Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest — l. 134 § 1 D. de regulis juris (50, 17) —. Die selbstverständliche Folge der Eigenmacht ist daher durchgängig Wiederherstellung des Zustandes vor derselben, und es ist gleichgültig, welche Klage man zu

solchem Zwecke für begründet hält. Die bis zur Zeit von J. H. Böhmer verbreitete Ansicht, welche dem Detentor die Spolienklage gab, ließ sich freilich von dem unrichtigen Gedanken leiten, daß die Detention nach Analogie des Besitzes geschützt werden müsse. Aber practisch richtig war die aus der Delictsnatur abgeleitete Folge, und wo nicht nach der Beschaffenheit des Falles schon andere bestimmte Klagen zur Wiederherstellung des gekränkten Rechtes gegeben sind, greifen die allgemeinen zur Aushülfe dienenden Klagen, die condictio ex lege nach l un. D. h t. (13, 2), oder in factum actiones nach l. 11 D. de praescriptis verbis (19, 5) ein. Mit der Römischen Theorie über das interdictum unde vi läßt sich das Gesagte sehr wohl vereinigen, da der detinirende Pächter, welcher auf einen Rechtsstreit provocirt, die possessio des Verpächters nicht verletzt und daher nicht als Dejicient anzusehen ist. Auch ward gegen die von Rechtswegen verbotenen Thathandlungen nach den Reichsgesetzen durch mandata sine clausula eingeschritten, und speciell ist dies auf der Bauern Klage im § 328 des Landesgrundgesetzlichen Erb=Vergleichs für zulässig erklärt, wenn zugleich ganz unerlaubte Thathandlungen und Umstände mit bescheinigt sind. Die Statthaftigkeit einer auf Restitution gerichteten Klage des Pächters, welchem der Verpächter, wenn auch nach beendeter Pachtzeit, eigenmächtig das Pachtstück abgenommen hat, kann daher keinen Zweifel leiden.

Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 10. nr. 5.

Demnach beschwert Beklagter sich mit Unrecht darüber, daß er verurtheilt worden, den Kläger in die ihm abgenommene Kossatenstelle wiederum einzusetzen und demselben allen durch die geschehene Entziehung der Stelle erweislich verursachten Schaden zu erstatten. Ob er dieser Auflage inzwischen genügend nachgekommen ist, steht gegenwärtig nicht zur Frage.

7. Das weitere Klagegesuch anlangend, so folgt daraus, daß die meisten Arten der Selbsthülfe mit Privatstrafen bedroht

sind, keineswegs die allgemeine Anwendlichkeit derselben. Die Ausdehnung über die Fälle hinaus, für welche sie angeordnet sind, ist unstatthaft nach der Natur der Strafen. Nun ist die Sache, aus deren Detention Beklagter den Kläger gesetzt hat, eine eigene des ersteren, und paßt daher die l. 13 D. quod metus causa (4, 2) auf diesen Fall nicht, so weit sie ins Specielle geht. Die l. 7 C. unde vi (8, 4) setzt — wie in den Rationen zum vorigen Urtheile zutreffend ausgeführt worden — juristischen Besitz des durch die unerlaubte Selbsthülfe Lädirten voraus, während Kläger nicht juristischer Besitzer der Kossatenstelle, sondern lediglich Zeitpächter gewesen ist. Demgemäß war derselbe mit dem Gesuche, daß Beklagter des ihm an jener Stelle zustehenden Rechtes verlustig erklärt werde, nicht bloß angebrachter Maßen, sondern rein abzuweisen.

B. Sachenrecht.

22. Die noch nicht vollendete Verlassung eines städtischen Grundstücks gewährt in der Executionsinstanz und im Concurse kein Vorzugsrecht.

Ru 647/1862.

Auf Antrag des obsiegenden Klägers war gegen den Beklagten Execution erkannt und es sollte ein ihm gehöriges Grundstück subhastirt werden. Die Kinder des Beklagten intervenirten mit der Behauptung, daß das Grundstück eigentlich ihrer verstorbenen Mutter gehört habe und nur versehentlich auf den Namen des Beklagten verlassen sei, daß letzterer dies schon vor längerer Zeit anerkannt und die zur Verlassung des Grundstücks auf sie erforderliche Erklärung abgegeben, in Folge dessen die Verkündigung des Grundstücks stattgefunden habe, und die Verlassung nur durch ein vom Kläger damals erwirktes Inhibitorium verhindert sei. — Das Oberappellations-

gericht, welches annahm, eine Besitzübertragung sei nicht nachgewiesen, und die Behauptung, daß das Grundstück nur versehentlich auf den Beklagten verlassen worden, nicht genügend circumstantiirt, wies die Intervention durch Erkenntniß vom 16. December 1865 aus folgenden Gründen ab:

1. Nach § 5 der Stadtbuchordnung vom 21. December 1857 kann das Eigenthum städtischer Grundstücke nur durch Verlassung übertragen und erworben werden, und ist dabei der Begriff der Verlassung noch specieller durch den Zusatz: Eintragung des neuen Eigenthümers in die erste Rubrik, definirt, so daß also der Eigenthumsübergang erst durch die Eintragung bewirkt wird. Daraus folgt, daß, wenn auch mit den von dem bisherigen Eigenthümer und dem neuen Erwerber abgegebenen Erklärungen, das Eigenthum auflassen und resp. erwerben zu wollen, die Thätigkeit der Contrahenten beendigt ist, und es nur noch der Eintragung des neuen Eigenthümers bedarf, doch die Wirkung dieser Erklärungen erst mit der Umschreibung eintritt, und der Uebertragungsact erst durch letztere vollendet wird. Es bedarf daher auch im vorliegenden Falle keiner weiteren Untersuchung, ob die von den Interessenten zu dem amtsgerichtlichen Protocolle vom 20. Juli 1861 abgegebenen Erklärungen den Erforderniſſen des nr. 39 der revidirten Instruction in Anlage IV. der Stadtbuchordnung entsprechen, weil jedenfalls die intendirte Verlassung durch jene Erklärungen nur eingeleitet wurde, in Folge des dagegen erwirkten Inhibitoriums aber nicht vollendet worden, und Beklagter, ungeachtet der von ihm abgegebenen Erklärung, vorläufig noch Eigenthümer des fraglichen Grundstücks geblieben ist.
2. Aus dem Vorstehenden folgt auch zugleich daß, wenn nach Abgabe der beiderseitigen Erklärungen, das Eigenthum auflassen und resp. erwerben zu wollen ein Ereigniß eintritt, wodurch der bisherige Eigenthümer die Dispositionsbefugniß über das betreffende Grundstück verliert, wie dies nach § 18 nr. 1 und § 20 der Executionsordnung

bei der Verfügung der Subhastation der Fall ist, die intendirte Verlassung als ein noch nicht zur Perfection gekommener Rechtsact behandelt werden muß, und die von dem Eigenthümer bereits abgegebene Erklärung, das Eigenthum auflassen zu wollen, jede Bedeutung verliert, weil nach § 32 nr. 1 und § 48 nr. 3 der Stadtbuchordnung nach Eingang der betreffenden gerichtlichen Requisition die Umschreibung nicht mehr stattfinden kann, und die Creditoren jedenfalls nur die bereits vollzogenen und in rechtliche Wirksamkeit getretenen, nicht aber auch die erst begonnenen, jedoch zur Perfection noch nicht gelangten Handlungen des Schuldners anzuerkennen verpflichtet sein können.

---

33. Zur Auslegung der Revidirten Stadtbuchordnung vom 21. December 1857. Do $370/_{1867}$.

Die an einander stoßenden, nur durch eine einfache Zwischenwand getrennten Wohnhäuser der Parteien hatten früher als ein Ganzes dem Vater und Erblasser des Klägers gehört. Nach einer von demselben getroffenen baulichen Einrichtung war ein Theil des unter dem Hause des Klägers befindlichen Kellerraums von dort aus unzugänglich gemacht, dagegen nach dem andern Hause, welches einem jüngeren Bruder des Klägers vom Vater hinterlassen wurde, mit einem Zugange versehen. Nach ausdrücklicher väterlicher Bestimmung hatten die Söhne diese Einrichtung beibehalten, ohne darüber im Stadtbuche etwas vormerken zu lassen. Das Haus des jüngeren ging hernach durch mehrere Hände, wurde bei jedem Besitzwechsel mit dem erweiterten Kellerraum tradirt und kam so endlich an die Beklagte, von welcher der Kläger nun Herausgabe des Kellers bis an die durch die Mitte der Scheidewand bezeichnete Hausgrenze mit der actio negatoria forderte. Die Beklagte behauptete indessen, sie sei Eigenthümerin des streitigen Raumes, da die vom Erblasser des

Klägers im Keller, also unmittelbar auf der Erdoberfläche gezogene Grenze als die Eigenthumsgrenze zwischen den beiderseitigen Grundstücken zu betrachten sei, mithin dem Kläger an dem über der streitigen Grundfläche belegenen Oberbau seines Hauses höchstens ein superficiarisches Recht zustehen könne. Das Oberappellationsgericht bestätigte durch Bescheid vom 27. Mai 1867 die in zweiter Instanz ausgesprochene Abweisung der Klage aus folgenden Gründen:

Vom Standpuncte des Civilrechts aus kann es in Beihalt der l. 6 pr, § 1, l. 8 D. communia praediorum (8, 4) nicht wohl einem begründeten Zweifel unterliegen, daß, wenn des Klägers Vater, wie von ihm zugestanden ist, bei der von demselben vorgenommenen Theilung seines Hauses in selbständige Grundstücke und deren Zuweisung an seine Kinder dem jetzt von der Beklagten besessenen, den unter des Klägers seitlich belegenes Grundstück theilweise sich erstreckenden Keller, welcher nur von dem ersteren Grundstücke aus seinen Zugang hat, beilegte, er dadurch für dieses an jenem, von einer im gegenwärtigen Processe nicht weiter behaupteten und geltend gemachten persönlichen und zeitlichen Beschränkung abgesehen, eine Prädialservitut bestellte, welche nach den Grundsätzen des Civilrechts mit dem Eigenthume des herrschenden Grundstücks zugleich auf jeden späteren Erwerber überging.

Nun können freilich nach der Revidirten Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857. § 1 nr. 1, wie schon die ältere Stadtbuchordnung vom 22. December 1829 § 3 vorgeschrieben hatte, seit dem 1. Februar 1830 dingliche Rechte aller Art an städtischen Grundstücken nur durch Eintragung in die Stadtbücher entstehen, respective nach § 11 nr. 3 des erstgenannten Gesetzes vollen Rechtsbestand erlangen. Zugleich aber gesteht die Revidirte Stadtbuch-Ordnung § 11 nr. 5 den civilrechtlichen Entstehungsgründen dieser Rechte selbst vom 1. Februar 1830 an in so fern eine bestimmte rechtliche Wirksamkeit zu, als dieselben, jedoch unter der hier nicht interessirenden Einschränkung des

§ 37 nr. 1 ein Klagerecht auf Eintragung begründen. Die Zuständigkeit und Wirksamkeit dieses Klagerechtes auf den ersten Erwerber des herrschenden Grundstücks zu beschränken, für welchen zunächst die fragliche Servitut civilrechtlich gültig constituirt war, bietet aber einerseits die bezügliche Bestimmung des § 11 nr. 5 der Revidirten Stadtbuch-Ordnung überall keine Veranlassung dar. Andererseits führen die Grundsätze des Civilrechts über die exceptio rei venditae et traditae cfr. l. 3 pr. D. h. tit. — deren Analogie hier völlig zutrifft, darauf hin, die Einrede, welche der erste Erwerber der Servitut hier dem Kläger durch Berufung auf das Klagerecht ex § 11 nr. 5 cit. würde haben entgegenstellen können, wenn er auf Grund seines Eigenthums demselben die Ausübung der Servitut hätte verwehren wollen, auch dessen Rechtsnachfolgern zuzugestehen, auf welche mit dem herrschenden Grundstücke selbst auch das durch den betreffenden Bestellungs-Act factisch begründete Servitutverhältniß mit übertragen war, indem es im Falle einer solchen Uebertragung, welche selbst hier unbestritten geschehen ist, einer besonderen Cession des mit dinglicher Wirksamkeit bekleideten obligatorischen Anspruches, auf dem diese Einrede mit gegründet ist, nicht bedurfte.

Es kann sich daher nur noch fragen, ob die sententia a qua, obwohl die Beklagte selbst aus jener zu ihrer Vertheidigung vorgetragenen Thatsache, in Verfehlung des richtigen rechtlichen Gesichtspunktes, nicht die Folgerung gezogen, daß dadurch ihrem Grundstücke nach Grundsätzen des Civilrechts eine Servitut constituirt worden, sondern das bestehende rechtliche Verhältniß falsch aufgefaßt hat, befugt war, ihrer Entscheidung das aus den vorgetragenen Thatsachen sich ergebende wirkliche Rechtsverhältniß zu Grunde zu legen. Diese Frage mußte aber bejaht werden, weil es an sich Aufgabe des Richteramtes ist, die zur Begründung oder Zurückweisung einer Klage von den Parteien vorgetragenen Thatsachen unter die einschlagenden Rechtsnormen zu subsumiren, und die unrichtige Auffassung dieser

Thatsachen von Seiten einer Partei derselben nicht zum Nachtheil gereichen kann, sobald sich, wie hier, klar erkennen läßt, daß solche bloß auf Rechtsirrthum beruht, und die Anwendung des richtigen Gesichtspunctes mit ihrem bewußten Willen nicht in Widerspruch steht.

---

34. Hand muß Hand wahren. Fo 490/1868.

In einem Appellationserkenntnisse vom 17. December 1866 hat das Oberappellationsgericht ausgesprochen, daß diese im Rostocker Statutarrechte geltende Regel die Vindication von Hypothekenscheinen (Stadtbuchschriften) nicht ausschließe. In dem gegebenen Rechtsfalle hatte der vindicirende Kläger selbst angeführt, er habe die libellirten Documente dem Dritten, von welchem der Beklagte dieselben gekauft und tradirt erhalten zu haben behauptete, zu Pfand gegeben und nach Tilgung der Pfandschuld nicht zurück empfangen.

Auf das vom Beklagten eingewandte Rechtsmittel der Restitution bestätigte das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 25. November 1867 seinen früheren Ausspruch, obwohl die in dieser Instanz zu Rathe gezogene Juristenfacultät sich dagegen erklärt hatte.

Gründe.

1. In der Wissenschaft herrscht völliges Einverständniß darüber, daß die Regel, „Hand muß Hand wahren" nur bei beweglichen Sachen Anwendung findet. Der Sachsenspiegel II. 60 § 1., die Quelle des Satzes, sagt solches geradezu, die spätere Rechtsbildung hat hieran nichts geändert und das Lübsche und Rostocksche Recht läßt keine andere Auslegung zu. Damit ist die ausschließliche Beziehung auf Körper gegeben. Freilich macht die Interpretation eines Rechtsgeschäfts mitunter nöthig, zu bestimmen, welche res incorporales als bewegliche, welche als unbewegliche zu bezeichnen sind. Aber bei einem Rechtssatze, der, wie der vorliegende, gerade an das Weggeben der

Detention geknüpft ist, kann man auf solche Untersuchung gar nicht kommen. Die Anwendung auf unkörperliche Dinge, insbesondere auf Forderungen ist unmöglich, weil bei ihnen der Fall, für welchen die Regel gegeben ist, überhaupt nicht vorkommt.

2. Wäre dies aber auch zur Zurückweisung derselben wirklich nicht ausreichend, hätte man vielmehr wegen jener Regel Forderungsrechte unter die Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche zu bringen, so würde es doch keinen Zweifel leiden, daß dingliche Belastungen der hier fraglichen Art letzteren zuzuzählen seien, wie es in Ansehung der Renten gradezu im Rostockschen Stadtrechte bestimmt ist. Die Belege hiefür sind in Art. 2. III. 6. Art. 8. III. 5. Art. 15. I. 7 enthalten, und der Artikel 13. III. 6. des hiesigen Stadtrechts (Lübsch. Recht Art. 8) schwächt sie nicht ab. Der Artikel handelt lediglich von dem Rechte des Rentenkäufers, die Rente — nicht den Rentenbrief — zu veräußern. Er soll sie nur an hiesige Bürger (cf. I. 2. Art. 5.) vergeben, versetzen oder verkaufen, sonst aber damit thun und handeln dürfen, als mit anderen Kaufmannswaaren. Von der Fiction, welche der Rente die Natur einer Waare beilegt, liest man nichts. Zunächst bedeutet Kaufmannswaare, Kaufmannsgut, im Verkehre nicht schlechthin Waare, sondern gute, empfangbare.

Grimm, Deutsch. Wörterbuch Bd. 5. Lief. 2.
S. 341 u. 343,

sodann ist das Wort, „andere" nicht zu betonen, es steht hier lediglich statt „sonsten", welcherhalb auf den Ausdruck im Lübschen Recht I. 5. Art. 8: „als sonsten Kaufmannswaaren" zu verweisen ist. Dem Rentner wird — von einer Beschränkung abgesehen — über die Hebungen ein ebenso freies Dispositionsrecht eingeräumt, wie man solches über Kaufmannswaaren hat. Darin liegt so wenig eine Hinweisung auf unsere Regel, als die Andeutung, daß das Recht den beweglichen Sachen angehöre.

3. Aber es werden hier Stadtbuchschriften, welche für sich

betrachtet, unzweifelhaft bewegliche Sachen sind, vindicirt und das eingeholte Facultätserachten hat der hierauf gegründeten Ausführung des Imploranten beigestimmt. Dasselbe geht davon aus, daß die Regel, so weit sie überhaupt gelte, für alle beweglichen Sachen zur Anwendung komme, und deducirt weiter, daß — obgleich die fraglichen Hypothekenposten als selbständige dingliche Belastungen des Grundbesitzes zu den unbeweglichen Sachen zu zählen seien — doch die Urkunden um deswegen, weil sie sich auf Rechte beziehen, nicht mit denselben identificirt werden dürften, vielmehr die selbständige Bedeutung körperlicher Sachen behaupten, und nicht aufhörten, unabhängig von ihrem Werthe und ihrer Beziehung zu bestimmten Rechtsverhältnissen als Vermögensobjecte den allgemeinen Regeln des Sachenrechts unterworfen zu sein.

4. Zur Lösung der Streitfrage sind die Grundsätze über Inhaberpapiere nicht verwendbar. Sie werden freilich mitunter mit unserer Parömie in Verbindung gebracht, sind aber nicht daraus abzuleiten und in mehrerem Betreff abweichend, gelten auch an Orten und in Ländern, wo dieselbe keinen Boden hat. Sie bezeichnen den Inhaber als den Forderungsberechtigten und sind keine bloßen Beweisdocumente für einen außer ihnen bestehenden Anspruch, sondern repräsentiren das Forderungsrecht und binden dasselbe an das Papier, in welchem es allein seine rechtliche Existenz hat. Demgemäß werden über die Papiere (cf. Einführ. Ges. § 37 nr. 3 zum Deutsch. Handelsgesetzbuch) die Geschäfte abgeschlossen und durch Tradition derselben die durch sie existirenden Forderungen übertragen. Indem somit das Papier als Gegenstand des Verkehrs hervortritt, ward es möglich, in diesem Betreff, so lange es an anderen gesetzlichen Bestimmungen fehlte, an Orten, wo die Parömie gilt, darauf Bezug zu nehmen. Aber unsere Hypothekenscheine sind lediglich Beweisurkunden über die in das Hypothekenbuch eingetragene Belastung des Grundstücks; sie geben den Namen des Berechtigten an, die Uebertragung

des Rechts geschieht durch dessen Cession, und der in dem Scheine nicht benannte Inhaber hat sich durch die Nachweisung, wie die Forderung auf ihn übergegangen, rechtsgehörig zu legitimiren.

5. Ferner kann für die Entscheidung unserer Frage aus Particularrechten nichts gewonnen werden, welche die Regel auf öffentliche Urkunden gewisser Art ausdehnen. Es muß deshalb von demjenigen, was das Bremische Recht hinsichtlich der Handvesten statuirt, hier abgesehen werden, und was die Autoritäten anlangt, auf welche Implorant sich beruft, so steht dem bei Mevius Comment. III. 2. Art. 2. nr. 16 allegirten Lübeckschen Erkenntnisse das Rostocker Stadtrecht III. 4. Art. 19. so direct entgegen, daß die Vermuthung nahe liegt, die Vorschrift sei zur Beseitigung jenes Präjudices eingeschaltet. Heinecken spricht sich zwar so aus, wie Implorant in der Rechtfertigung bemerkt hat, fügt aber hinzu, daß der dritte Erwerber durch den bloßen Besitz des Chirographum zur Sache nicht legitimirt sei, vielmehr zu erweisen habe, die Forderung sei ihm vom Gläubiger cedirt oder auf andere Weise übertragen. Damit ist deutlich ausgesprochen, daß da, wo es sich um die Frage nach rechtsbeständiger Cession einer Forderung handelt, der angebliche Cessionar wegen seines Besitzes gegen die Ansprüche des dominus durch die Rechtsregel qu. nicht geschützt ist, sondern seine Legitimation erbringen muß.

6. Daß der Stoff, auf welchen geschrieben worden, dem Gläubiger nicht gehört habe, sondern Eigenthum eines Andern gewesen sei, und dieser über die Materie contrahirt habe, ist nicht angeregt und liegt daher hier außer der Betrachtung. Wäre der Anspruch des Beklagten hierauf beschränkt, so würde dem Kläger kaum eine Verlegenheit entstehen. Beklagter will aber vermöge der gedachten Parömie nicht bloß im Besitze der Stadtbuchschriften geschützt, sondern auch der rechte Gläubiger geworden sein und verweigert deshalb die Herausgabe der Papiere. Es ist jetzt näher zu untersuchen, wie es hiemit steht.

7. Wer eine Schuldverschreibung, oder das Attest über eine zu Hypothekenbuch geschriebene Belastung verkauft oder verpfändet, schließt über die darin ausgedrückte Forderung das Geschäft ab.

L. 44 § 5 D. de leg. 1; L. 59 de leg. 3;
L. 2. C. quae res pignori (8. 17.)

Das Schuldbocument tritt also selbst in diesem Falle ganz zurück. Lautet der Verkaufscontract auf das nomen so folgt die Urkunde dem neuen Creditor. Sie ist nur der Forderung wegen da, ihr Eigenthum ist an die Gläubigerschaft geknüpft und der Besitz wird nur des Anspruchs halber verfolgt und vertheidigt. Die Papiere können zwar einem Anderen zur Aufbewahrung übergeben, zur Vorlegung commodirt und einem Mandatar zur Ausführung eines Geschäfts zugestellt und somit als selbständige Sachen zu Gegenständen derartiger Verträge gemacht werden. Aber würden sie von demjenigen, dem sie so anvertrauet worden, verschenkt, verkauft oder verpfändet, so hat er entweder das bezügliche Geschäft über die Forderung, die er nicht inne hatte, und ihm nicht anvertrauet war, geschlossen oder gar kein ernstliches Geschäft gewollt. Im ersten Falle mangelt es zur Anwendung unserer Regel an der Bedingung, daß der Commodatar rc. die ihm übergebene Sache veräußerte; er contrahirte über etwas wesentlich Verschiedenes. Ebenso verhält es sich, wenn der Gläubiger unter Anschließung der Schuldurkunde das nomen verpfändet. Dadurch entsteht kein Faustpfand an der Urkunde, diese ist ihm nur eingehändigt als Beweismittel für das Bestehen des nomen und zur Verhinderung weiterer Disposition des Pfandschuldners. Verkauft Ersterer das Papier, so veräußert er das nomen. In allen solchen Fällen ist die Behauptung des dritten Erwerbers, er sei der Eigenthümer des Schuldinstruments, völlig gleichbedeutend mit der Behauptung, er sei der rechte Gläubiger, ihm sei die Forderung gültig übertragen, und wenn der frühere Creditor dem widerspricht und ein besseres Recht auf das Intabulat geltend machen

will, so haben diese beiden Prätendenten den Streitpunct im Proceßwege gegen einander auszumachen. Die Zulässigkeit eines solchen Rechtsganges ist heutigen Tages kaum noch bestritten. Die zu entscheidende Frage ist dann, wer der besser Berechtigte zu dem Intabulat sei, und wer als solcher erkannt wird, hat das ausschließliche Recht auf die bezüglichen Hypothekenscheine, so daß sich daran, wenn der Unterliegende in deren Besitze ist, die Verbindlichkeit zur Herausgabe knüpft. Ist ihm die Gläubigerschaft und dem Geschäfte, aus dessen Veranlassung er die Urkunden erhielt, die Rechtswirkung abgesprochen, so hat das fernere Behalten der Beweisdocumente für ihn nicht das geringste rechtliche Interesse mehr und wird es schon deshalb unmöglich, von der zum Schutze eines solchen Interesses gegebenen Regel „Hand muß Hand wahren" Gebrauch zu machen. Ganz in gleicher Art stellt sich das Verhältniß, wenn der Kläger, wie hier, mit seiner Legitimation sofort die Vindication verbindet. Nach allen Seiten hin liegt also die Unanwendlichkeit jenes Satzes zu Tage.

35. Ueber die Verpflichtung des Usufructuars zur Bestellung einer Realcaution.

Si 1500/1865.

Der Besitzer eines Erbpachtgehöfts hatte seiner Wittwe testamentarisch das Recht eingeräumt, „die Wirthschaft auf seinem Gehöfte und mit seinem gesammten Inventar für ihre Rechnung und zu ihrem Vortheil unverändert fortzusetzen, jedoch natürlicher Weise mit der Verpflichtung, daß sie alles in gutem Stande erhalte." — Der älteste Sohn, als Substantialerbe, begehrte die Bestellung der usufructuarischen Caution, und zwar einer Realcaution, unter dem Nachtheile des Verlustes des Nießbrauchs; die Wittwe, welche unbestritten zur Bestellung einer genügenden Sicherheit aus eigenen Mitteln nicht im Stande war, erbot sich zur juratorischen

Caution und war der Ansicht, daß eventuell nicht Entziehung des Nießbrauchs, sondern nur Sicherstellung durch Sequestration oder Verpachtung des Gehöfts eintreten könne. — Die beiden ersten Erkenntnisse verurtheilten die Beklagte zur Bestellung einer Caution durch Bürgen oder Pfand unter dem Präjudiz der Sequestration oder Verpachtung des Gehöfts; durch Erkenntniß vom 17. September 1866 ward jedoch in der aus den nachstehenden Gründen ersichtlichen Weise reformirt:

1. Es unterliegt allerdings keinem Zweifel, daß der Usufructuar nach den Bestimmungen des römischen Rechts für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit und zwar durch die Gestellung von Bürgen zu leisten verpflichtet ist, und das Verlangen einer Cautionsbestellung erscheint auch durch den Umstand gerechtfertigt, daß für den Eigenthümer aus einem Mangel an Diligenz des Usufructuars Schäden entspringen können, deren Erstattung, wenn der Eigenthümer dieserhalb nur einen persönlichen Anspruch an den Usufructuar hat, nicht genügend gesichert ist. Die Vorschrift, daß die usufructuarische Caution durch Bürgen bestellt werden solle, beruhte aber auf der Voraussetzung, daß abgesehen von besonderen Ausnahmsfällen, diese Sicherheitsleistung Jedem möglich sein werde, und es werden daher, da es der bona fides widersprechen würde, wenn die Forderung der satis datio dazu gemißbraucht werden sollte, dem Berechtigten sein Recht zu entziehen, schon im römischen Rechte nicht nur bei Proceßcautionen, wo die Nov. 112 cap 2 die juratorische Caution substituirt, sondern auch in anderen Fällen, wo das Recht eine satisdatio verlangt, der Cautionspflichtige dazu aber nicht im Stande ist — wie z. B. l. 6 § 1 Cod. de secund. nupt. (5, 9); Nov. 22 cap. 44 § 5 und 7; l. 5 § 2, 5 Dig. de Carboniano edicto (37, 10), l. 6 Dig. si cui plus (35, 3), l. 2 Cod. de usuris et fruct. leg. (6, 47) — anderweitige Auskunftsmittel zugelassen.

Unter diesen Umständen würde ein strenges Festhalten der Regel in Bezug auf die usufructuarische Caution sich

nur dann rechtfertigen, wenn in dem Verhältnisse des Usufructuars zum Eigenthümer besondere Gründe dazu vorhanden wären. Dies läßt sich aber um so weniger behaupten, als das einheimische Recht bei den ihm eigenthümlichen Fällen eines Nießbrauchs wie z. B. bei dem Erbjungfernrecht (vergl. v. Kamptz, Civilrecht S. 280 not. 34, Roth, Mecklenb. Lehnrecht, S. 237 not. 60) und bei dem nach Art. 27 der Reversalen von 1621 demselben in dieser Beziehung gleichgestellten Witthum — eine Verpflichtung zur Bestellung einer cautio usufructuaria nicht statuirt, eine solche auch nach deutschem Rechte beim Witthum, wenigstens wo dieses in dem Nießbrauch an Immobilien besteht, nicht angenommen wird (vergl. Eichhorn, Deutsches Privatrecht § 306), und es verdient daher die Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche die obenerwähnten Bestimmungen auch auf die usufructuarische Caution anwendlich erklären, wie

Donellus, Comm. ed. Bucher, Vol. 6, p. 138, tit. 10 cap. 14, § 9.
Meier, Coll. Argentor. Lib. 7. tit. 9 § 6.
Lauterbach, Coll. Pand. eod. § 10.
Voet, Comm. VII, 9 § 3.
Glück, Pandecten, Bd. 9 § 657.

den Vorzug, wie denn auch nach der hiesigen Praxis der obervormundschaftlichen Gerichte in denjenigen Fällen, wo der Wittwe ein Nießbrauch hinterlassen ist, eine Satisdation nicht unbedingt gefordert, sondern unter Umständen auch eine Aufsicht des Vormundes und eine Nachweisung der gehörigen Conservation der Substanz für genügend gehalten wird.

2. Unter diesen Umständen kann auch im vorliegenden Falle, wo die Unfähigkeit der Beklagten zur Bestellung einer ausreichenden Realsicherheit nicht bestritten wird, zur Zeit und so lange nicht vorliegt, daß die Beklagte durch Nichterfüllung der ihr obliegenden Verpflichtungen die Rechte des Klägers gefährdet, die Bestellung einer solchen nicht verlangt, und

eben so wenig eine Sequestration oder Verpachtung des Erbpachtgehöfts für angemessen gehalten werden, da eine solche der Intention des Erblassers, welcher der Beklagten nur das Recht zur eigenen Bewirthschaftung legirt hat, nicht entsprechen würde, und der Wille des Testators möglichst aufrecht zu erhalten ist. Es durfte daher das Erbieten der Beklagten zur juratorischen Caution nicht zurückgewiesen, zugleich aber muß dieselbe auch verpflichtet geachtet werden, dem Kläger daneben diejenige Sicherheit zu gewähren, zu der sie im Stande ist, und die dem vorliegenden Verhältnisse entspricht, also einer Seits demselben ihr Vermögen für die Erfüllung der ihr obliegenden Verpflichtungen zu verpfänden und anderer Seits eine auf ihre Kosten zu beschaffende alljährliche Revision namentlich der Gebäude und des Inventars durch Sachverständige vornehmen zu lassen.

---

36. Ersitzung von Prädialservituten durch Handlungen des Pächters. De $355/_{1865}$.

Die Frage, ob zu einer solchen Ersitzung die Ausübung der Servitut durch den Pächter genüge, oder noch der Beweis gefordert werden müsse, daß diese Ausübung mit Wissen und Willen des Eigenthümers geschehen sei, war von der Justiz-Canzlei dahin entschieden, daß dieser Beweis zwar für die ordentliche und außerordentliche Ersitzung, dagegen nicht für den unvordenklichen Besitz erforderlich sei. Das Oberappellationsgericht bestätigte dies durch Entscheidung vom 14. Januar 1867 und bemerkte:

Der unvordenkliche Besitz unterscheidet sich von der ordentlichen und außerordentlichen Ersitzung grade dadurch daß durch die letzteren das in Frage stehende Recht e r w o r b e n wird, der erstere aber eine P r a e s u m t i o n d e s r e c h t m ä ß i g e n E r w e r b e s begründet. Kann hieraus

auch nicht mit der sententia a qua gefolgert werden, daß bei dem unvordenklichen Besitze der Beweis der factischen Ausübung genüge, und es dabei auf den animus juris exercendi nicht ankomme; so bedarf es doch bei dem unvordenklichen Besitze der besonderen Behauptung und des Beweises, daß die Pachtbesitzer der fraglichen Bauerstelle die in Rede stehenden Servituten mit Wissen und Willen der Großherzoglichen Kammer ausgeübt hätten, nicht, weil sich dies, wenn die letztere jene Servituten auf rechtmäßige Weise erworben hatte, von selbst versteht, und durch die seit unvordenklicher Zeit Statt gefundene Ausübung grade diese Praesumtion begründet wird, zumal die Kammer, wenn sie die fragliche Bauerstelle nicht für eigene Rechnung bewirthschaften ließ, die in Rede stehenden Servituten nur durch die Pächter derselben ausüben konnte.

---

37. Begründung einer Weideservitut als eines einheitlichen Rechtes an einer zwischen mehreren Eigenthümern reell getheilten Wiesenfläche. — Beeinträchtigung einer Weideservitut durch Torfstich.

Si $120/_{1852}$. Strel.

Der Gutsbesitzer S. auf T. klagte wegen Beeinträchtigung einer angeblich seinem Gute T. zustehenden Weideservitut durch Torfstich gegen den Eigenthümer einer dieser Servitut unterworfenen — zur Feldmark der Stadt N. gehörenden — Wiese und bat, den Beklagten zu verurtheilen, daß er die auf der fraglichen Wiese durch Torfstich entstandenen Wassergruben wieder ausfüllen und als Weidenfläche wiederherstellen lasse, sich auch des Torfstiches ferner bei namhafter Strafe enthalte. Nachdem diese Klage durch das erste Erkenntniß angebrachter Maaßen abgewiesen war, legte das Oberappellationsgericht in dem auf Appellation des Klägers erlassenen Urtheil vom 18. Mai 1855 diesem den Beweis auf:

daß seit unvordenklicher Zeit die, zwischen den T.schen und P.schen Grenzgräben und der T. belegenen nach N. gehörigen Wiesen, insbesondere diejenige aus 57 Wiesenstücken bestehende Wiesenfläche, welche längs des sogenannten Königswalls sich erstreckt, alljährlich während der Zeit von Michaelis bis zum alten Walpurgistage, den 13. Mai des folgenden Jahres, als ein Ganzes von den Besitzern des Gutes T. mit der T.er Viehheerde behütet und beweidet worden.

Gründe.

1., — — — — —

2., — — — — —

3., Kläger will die gegenwärtig von ihm geltend gemachte Hut und Weidegerechtigkeit an der speciellen Wiese des Beklagten nur darum behaupten, weil an der *ganzen* in der Klage bezeichneten *Wiesenfläche, als solcher,* wovon die Wiese des Beklagten jetzt einen Theil bilde, die Hut- und Weidegerechtigkeit seit unvordenklicher Zeit ausgeübt sei und erleidet es keinen Zweifel, daß die in dieser Behauptung enthaltenen Thatsachen, unter Voraussetzung ihrer factischen Richtigkeit auch in rechtlicher Beziehung zur Begründung der libellirten Gerechtigkeit an sich wohlgeeignet sind.

4., Das vorige Urtheil geht freilich von dem Gesichtspuncte aus, daß bei dem eigenen Zugeständnisse des Klägers, nach welchem die im Klaglibelle erwähnten 57 Wiesenstücke eben so vielen *verschiedenen* Eigenthümern gehören, zur Begründung der Klage annoch die weitere Behauptung erforderlich gewesen, daß zur Zeit der Erwerbung der libellirten Gerechtigkeit jene gesammte Wiesenfläche ein, unter *Einem* Eigenthümer verbundenes, *Ganzes* ausgemacht habe. Indeß erledigt sich dies Bedenken durch die in

ll. 18, 23 § 3, ff. 31, 38 D. de servitutibus praedior. rusticorum (8, 3),

l. 7 § 3 D. Communia praediorum (8, 4),

l. 6 § 1, l. 15. D. quemadmodum servitutes amittantur (8, 6)

enthaltenen Bestimmungen, Inhalts deren Servituten der hier fraglichen Art, wenn die Ausübung derselben sich auch auf mehrere verschiedenen Eigenthümern gehörige Grundstücke erstreckt, doch in Bezug auf das praedium dominans als Eine Berechtigung aufgefaßt werden, deren Erwerb in keiner Weise dadurch bedingt ist, daß auch die mehreren dienenden Grundstücke als ein Ganzes unter einem und demselben Eigenthümer verbunden sind.

5., Allerdings zergliedert sich eine, derartig gegen mehrere benachbarte Grundstücke gemeinschaftlich erworbene Servitut, ungeachtet dieser ihrer Einheit, in ihrem Verhältnisse den einzelnen dienenden Grundstücken gegenüber wiederum in eben so viele einzelne Servituten, so daß da, wo von dem Einen oder Anderen der Eigenthümer der dienenden Grundstücke eine Beeinträchtigung oder Bestreitung derselben eintritt, sich nunmehr gegen diesen eine Geltendmachung der Servitut, als einer diesem speciellen Grundstücke gegenüber selbständig bestehenden Berechtigung, vernothwendigt, jedoch wird dadurch in der thatsächlichen Begründung der Entstehung des Rechtsverhältnisses keinerlei Veränderung herbeigeführt

6., — — — — — — — — —

7., Statt der durch die sententia a qua erkannten Abweisung der Klage angebrachtermaßen ist daher, in Folge der vom Beklagten in Bezug auf jene. für den Erwerb des fraglichen Rechts vorgebrachten, Thatsachen überall geschehenen negativen Litiscontestation, auf Beweis (des behaupteten unvordenklichen Besitzes) zu erkennen.

8., Auf der anderen Seite bedarf es dagegen hinsichtlich der in Bezug auf die Statt gehabte Beeinträchtigung der libellirten Weidegerechtigkeit vom Kläger zur weiteren Substantiirung der Klage angegebenen, Thatsache des Torfstichs — welche der Natur der Sache nach eine Schmälerung des Weiderechts mit sich bringt und daher zu den vom Eigenthümer nicht vorzunehmenden, die Servitut benachtheiligenden Handlungen gehört —

— Gerber, Deutsches Privatrecht § 145 — eines zuvorigen Beweises nicht, indem der Beklagte es ausdrücklich zugestanden hat, daß er im Jahre 1850 auf seiner Hauswiese Torf habe stechen lassen.

Das vorstehende Erkenntniß wurde vom Oberappellationsgerichte unter Verwerfung des vom Beklagten dagegen ergriffenen Rechtsmittels der Restitution durch den Bescheid vom 30. Aug. 1855 bestätigt, und in dessen Gründen noch Folgendes bemerkt:

Es ist schon (in den Gründen) des vorigen Erkenntnisses hervorgehoben worden, daß Servituten der hier fraglichen Art auch dann, wenn die Ausübung derselben sich auf mehrere — verschiedenen Eigenthümern gehörige — Grundstücke erstreckt, in Bezug auf das praedium dominans als Eine Berechtigung aufgefaßt werden. Der Einwand, daß die hiefür angeführten Gesetzesstellen nur von Wegegerechtigkeiten und der Wasserleitungsservitut sprechen, ist unstichhaltig, da es überhaupt nicht auf die von den Römischen Juristen gewählten Beispiele ankommt, sondern vielmehr die Consequenz die gleiche Entscheidung in allen Fällen erfordert, in welchen die Servitut ihrem reellen Inhalte nach (ohne Rücksicht auf eine etwanige Theilung des Eigenthums) ein bestimmtes Stück der Erdoberfläche als ununterbrochenes Ganzes zum Objecte hat, und thatsächlich nur an diesem, als solchem, zur Ausübung gelangt. Allerdings vollzieht sich der Erwerb einer solchen Servitut immer nur einzeln den einzelnen Eigenthümern von Abschnitten der gesammten dienenden Fläche gegenüber. Allein wo die Zuständigkeit des Rechtes aus der fortgesetzten Ausübung hergeleitet wird, ist nur der Nachweis erforderlich, daß die Letztere an den sämmtlichen dienenden Grundstücken, als an einem Ganzen, Statt gefunden habe, indem dadurch die Servitut zugleich jedem einzelnen Eigenthümer gegenüber zur Ausübung gelangt. Demgemäß brauchte der Kläger zur Begründung seiner Weidegerechtigkeit an des Beklagten Wiese nicht zu behaupten, daß er

und seine Vorgänger jedes Jahr speciell diese Wiese behütet haben, sondern es genügte schon, wenn er sich darauf berief, daß die in der Klage näher bezeichnete Wiesenfläche, von welcher des Beklagten Wiese einen Abschnitt bildet, seit unvordenklicher Zeit als ein Ganzes behütet worden sei.

---

38. Ueber das jus compascolationis reciprocum. Verhältniß des possessorium zum petitorium.

Ge 40/$_{1861}$. Strel.

In den nachstehenden Entscheidungsgründen des Erkenntnisses vom 16. Mai 1863 ist eine für das Verständniß der Rechtsausführungen genügende Darstellung der thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsstreits gegeben. Es mag daher hier nur noch bemerkt werden, daß das Oberappellationsgericht die in erster Instanz erkannte Abweisung der Klage in angebrachter Art wieder aufhob und dahin entschied, daß

I. das dem F. er Bauhofe auf dem F. er Stadtfelde zustehende Weiderecht, so weit das Verhältniß zum Beklagten in Frage stehe, als eine auf gesammten Bauäckern lastende Servitut anerkannt werde, Beklagter könnte und wollte denn binnen drei Wochen, Gegenbeweis vorbehältlich, rechtlicher Art nach darthun:

daß die zwischen den städtischen Ackerbesitzern und dem Bauhofsbesitzer auf den Stadt- und Bauhofsfeldern ausgeübten reciproken Weidegerechtsame auf einer bis zum Widerrufe von der einen oder anderen Seite ertheilten Concession beruhen.

II. Was die angefochtene Besaamung der im Mittelfelde belegenen, zusammen 3709 □Ruthen enthaltenden Ackerstücke Nr. 322 und 326 des städtischen Katasters, so wie des zum L. schen Felde gehörigen Ackerstücks Nr 327 von 1006 □Ruthen betreffe, so habe Kläger binnen drei Wochen, reprobatione salva, zu erweisen:

1. daß die Weide auf dem Bauhofsacker und der Feldmark der Stadt F., soweit darauf dem Bauhofe die Mithut zustehe, mit Einschluß des Stadtforstes und bei Berücksichtigung der Buschweide, sowie in der Voraussetzung, daß gesammte Ackerstücke den im Art. 42 der F. er Baugewerks-Ordnung vom 11. September 1790 bestimmten Grundsätzen der Dreifelder-Eintheilung gemäß bestellt werden — ohne die städtischer Seits angelegten Schonungen und die dadurch von der Weide etwa abgeschnittenen Stücke — zur Ernährung der bestehenden städtischen Schaafheerden und von 500, eventualiter 700 Stück Schaafen des Bauhofes zu offenen Zeiten, oder doch in der Zeit von Bestellung der Sommersaat bis zur Ernte unzulänglich sei;

   ferner:

2. wie groß die Stückzahl der jetzigen städtischen Schaafheerden sei;

   und

3. daß für die gedachten Heerden die Weide auf den bezeichneten Nr. 322, 326 und 327 unter der sub 1 erwähnten Voraussetzung Werth habe;

   sowie, wenn der Beweis ad 1 nur die Unzulänglichkeit der Weide für 700 Schaafe außer den städtischen Heerden ergeben sollte,

4. daß Kläger mit dem auf seinem Bauhofe zu erzielenden Futter 700 Schaafe durchwintern könne.

Führe Kläger diese Beweise, so sei ihm die Weide auf den bezüglichen Ackerstücken wieder zu restituiren. Im Uebrigen ergehe nach absolvirtem Beweis- und Gegenbeweisverfahren sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten der ersten Instanz weiter was Rechtens.

Gründe.

1. Die Klage hat zu ihrer Grundlage das Recht des Klägers, als Besitzer des F. er Bauhofes, gesammte städtische Ackerstücke mit den Schaafheerden des Bauhofes zu offenen

Zeiten zu beweiden, und resp. den Quasibesitz dieser Gerechtigkeit. Das Mithutrecht der städtischen Einwohner auf dem städtischen und dem Bauhofs-Felde ist unbestritten, so daß ein jus compasculationis reciprocum auf dem zur Stadtfeldmark und zum Bauhofe gehörigen Ackerlande behauptet wird. Anscheinend befindet sich der größte Theil des städtischen Ackers in den Händen der Ackerbau treibenden Einwohner, und mit diesen besteht keine Differenz, Proceßgegner ist allein der Magistrat, als Vertreter des Stadtvermögens, in welches mehrere Aecker durch Kauf übergegangen sind. In dem gegenwärtigen Processe kann also auch nur dem Magistrate gegenüber das Verhältniß endlich festgestellt werden.

2. Die nächste Veranlassung zu dem Streite gab die Zuschlagung der von der Stadt angekauften Ackerstücke Nr. 322 und 326 des städtischen Katasters zum dortigen Forste. Der Magistrat hatte dieselben mit Kienen besaamen lassen, und dem Kläger davon unterm 22. Mai 1857 mit dem Ersuchen die Anzeige gemacht, seinen Hirten dahin zu instruiren, daß er die bezeichneten, in Schonung gelegten Ackerstücke fortan nicht hüte. Als der Kläger dennoch die Hut ausüben ließ, ward er durch das, auf Recurs bestätigte Conclusum des Magistrats vom 30. September 1857 wegen Weidefrevels condemnirt, binnen vierzehn Tagen eine Strafe von 60 ₰ einzubezahlen, oder binnen gleicher Frist den Nachweis zu erbringen, daß er wegen seines vermeintlichen Rechtes den Rechtsweg gegen den Magistrat beschritten habe. Dieses Vorfalles halber wird petitorisch auf richterliche Anerkennung des Weiderechtes an Nr. 322 und 326 c. a. geklagt.

Ferner veranlaßte die theilweise Ansaamung des vom Beklagten angekauften Nr. 327 mit Kienen eine gleiche Klage, und die auf Schutz im Quasibesitze der Weide auf diesem Terrain, und endlich wird, mit Bezug darauf, daß der Beklagte die Existenz des vom Kläger beanspruchten Weiderechts ganz bestreite, das Petitum hinzugefügt,

demselben die Störung des klägerischen Quasibesitzes der Weidegerechtigkeit an der städtischen Feldmark zu verbieten, und die Anerkennung dieses Rechtes selbst aufzugeben.

3. Das letzte Petitum generalisirt Dasjenige, was schon in Anwendung auf die Parcelen 322, 326 und 327 festzustellen ist, da das Recht, hier zu hüten, ganz allein aus der, sämmtliche Ackerstücke der Feldmark ergreifenden Berechtigung hergeleitet wird, und so hierüber immer zunächst zu entscheiden ist. Das Judicat hat natürlich nur inter partes Wirkung, und auf diejenigen Felder Bezug, welche die Stadt innerhalb ihrer Mark besitzt.

Das Petitorium absorbirt aber im vorliegenden Falle das Possessorium vollständig. Denn wenn auch das Canonische Recht eine Verbindung des interdictum uti possidetis mit der Vindication zur gleichzeitigen Verhandlung erlaubt, so ist doch wesentliche Voraussetzung, daß die Decision über die Proprietät, falls der Kläger als Besitzer anerkannt wird, zurückgestellt werden kann.

Vergl. Heffter, System des Civilprocesses, § 128 der zweiten Aufl.

Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses § 64 Seite 801 ff. der 2. Ausg.

Hier steht es anders. Denn das Interdict ist mit der actio confessoria dergestalt cumulirt, daß eine Decision über letztere, wie es sich auch mit dem Quasibesitze verhält, stets nöthig bleibt, und da die Entscheidung über das Dasein der Servitut den Rechtsbestand definitiv ordnet, so kann daneben nicht noch das Interdict in Frage kommen, indem der Kläger durch dasselbe nicht mehr, als im Wege des Petitoriums, erlangt, und anderer Seits, wenn ihm die Servitut abgesprochen, also die Freiheit des Eigenthums anerkannt wird, keinen Anspruch auf Schutz im Besitze behält.

Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 5 Nr. 66.

Interimistische Verfügungen aber stehen hier nicht zur Frage.

Ist dem zufolge von dem Possessorium ganz abzusehen, so hat sich die Untersuchung auf die Existenz des vom Kläger geltend gemachten Rechtes und die dieserhalb vorgeschützten Einreden zu beschränken, und eventualiter ist in Bezug auf die Ackerstücke 322, 326 und 327 noch zu erörtern, ob deren Ansaamung eine Verletzung des klägerischen Rechts enthält.

4. Kläger stützt den Rechtserwerb auf außerordentliche Ersitzung von 30 Jahren, eventualiter auf Rechtsausübung seit unvordenklicher Zeit, und es leidet keinen Zweifel, daß die Servitut so entstehen kann. Auch sind die thatsächlichen Behauptungen genügend, indem Kläger anführt, daß die Besitzer des Bauhofes die nicht bestellten städtischen Ackerstücke weit über Menschengedenken hinaus, jedenfalls aber ununterbrochen 30 Jahre vor dem in rat. 2 angegebenen Vorfalle des Jahres 1857, mit ihren Schaafheerden behütet hätten, er auch dieses noch jetzt in der Ueberzeugung seiner Berechtigung täglich thue, wenn nicht Naturereignisse das Hinaustreiben des Viehes verbieten.

Nur von den Ackerstücken der Feldmark redet die Klage, und wenn freilich die Replik mit der Behauptung des Weiderechts gegen die städtische Feldmark beginnt, so fügt sie doch die Erläuterung hinzu: d. h. gegen sämmtliche zum Ackerbau bestimmte, zu Stadtrecht liegende Flächen, und ergänzt Letzteres noch durch Aeußerungen, wonach das Weiderecht auch auf den niemals bebauten Aeckern geübt wird, und es sich hier nicht um Sachen der Stadt, sondern um Acker im Privatbesitze der Stadteinwohner handelt. Die allgemeineren Ausdrücke in dem Klagegesuche und der Appellations-Rechtfertigung sind hienach zu deuten, so daß die Servitut an allen solchen Realitäten, welche zu den Aeckern zu rechnen und von Privaten besessen sind, den Streitgegenstand bildet, namentlich also Wiesen, Brüche, Hölzungen und Stadtfreiheiten von dem eingeleiteten Processe ausbeschieden sind.

5. Beklagter leugnet, daß die Besitzer des Bauhofes die

genannte Zeit hindurch die städtischen Ackerstücke haben beweiden lassen. Er leugnet dieses, weil einige der letzteren 1813, 1826 und in späteren Jahren angesaamt worden, oder sich selbst besaamt haben, und daher nicht hätten behütet werden können. Implicite ist hiemit zugestanden, daß, soweit nicht durch diese Vorfälle die Hütung ausgeschlossen worden, solche in dem behaupteten Umfange und Zeitraum Statt gefunden hat. Die nachgegebene oder geduldete Herausnahme kleiner Parcelen aus dem großen Weideraume ist aber für die Frage, ob die Servitut an der ganzen übrigen Realität durch Verjährung erworben worden, ohne alle Erheblichkeit. Auch geht aus dem, was Beklagter darüber vorgetragen, wie sich im Laufe der Zeit das Sachverhältniß so gestaltet habe, daß gegenwärtig zwischen den F. er Ackerbesitzern einer Seits und dem Bauhofsbesitzer anderer Seits reciproke Weidegerechtsame an der städtischen Feldmark und dem Bauhofsacker bestehen, mit Sicherheit hervor, daß Beklagter bei jenem Leugnen nicht die Zeitdauer allgemein im Auge hatte, sondern nur die Ungenauigkeit hinsichtlich der angesaamten Flächen hervorheben wollte, wie er denn auch in der Vernehmlassung auf die 1860 erhobene Klage selbst angeführt hat, daß dem Bauhofsbesitzer von den städtischen Ackerbesitzern die Mithut auf ihren Ackerstücken eingeräumt sei, und jener dagegen ihnen die Mithut auf den Bauhofsfeldern gewährt habe. Noch mehrere Bestätigung erhält dies durch die Anerkennung, welche die libellirten Weidebefugnisse in den aus Anlaß neuer Ansaamungen vom Beklagten an den Kläger ergangenen Zuschriften gefunden haben.

Wenn Beklagter dennoch die Existenz einer Servitut in Abrede nimmt, so bezieht er sich hiefür theils darauf, daß die gegenseitigen Weiderechte der städtischen Ackerbesitzer, zu denen Kläger mit gehöre, nur als Nutzungsbefugnisse an dem sogenannten Allmendeugute der Commüne aufgefaßt werden dürften, theils darauf, daß der städtische Acker mit den Bauhofsfeldern im Gemenge liege, und daher die

Präsumtion für ein prekäres Verhältniß streite. Allein Ersteres ist ganz unzutreffend, weil hier weder von Gemeindegründen die Rede ist, noch Kläger, als Bauhofsbesitzer, zu den Gliedern der städtischen Gemeinde gehört, und was das Andere betrifft, so ist zwar, wo eine reciproke Weidebefugniß aus der untermischten Lage der Ländereien hervorgegangen, mitunter die Präsumtion für ein bloßes Precarium aufgestellt worden. Aber mit Recht verwirft die gemeine Meinung solche Vermuthung. Denn wenn die Nothwendigkeit und der eigene Vortheil zu wechselseitigen Concessionen drängt, so ist eine rein nachbarliche Gefälligkeit nicht zu erblicken, und hat man, zumal wenn sich zwei verschiedene Ortschaften solche Concession ertheilen, anzunehmen, daß sie, so lange die Felder im Gemenge bleiben, gelten soll. Hier ist die langjährige ununterbrochene Uebung und das Bestehen der beiderseitigen Gerechtsame außer Zweifel, und die Behauptung des Beklagten, daß dieselben auf einem Precarium beruhen, kann nicht veranlassen, vom Kläger noch den Beweis der Dienstbarkeit zu verlangen. Vielmehr hat Beklagter sein Vorbringen, welches nur dahin verstanden werden kann, daß das Verhältniß als ein jedem Theile beliebig widerrufliches constituirt worden, wahr zu machen, und dazu ist er zu lassen.

Vergl. Holzschuher, Theorie Bd. 2 Abth. 1 Seite 278, zu 14, und die dortigen Citate.

6. — — — — — — Daß das Recht nicht zu Stadtbuch versichert ist, relevirt nicht. Denn es bedürfen die vor Publication der Stadtbuch-Ordnung vom 6. Januar 1830 entstandenen Realservituten nach § 78 dieses Gesetzes und § 11 nr. 2 der revidirten Stadtbuch-Ordnung vom 21. December 1857 der Eintragung in die zweite Rubrik des Stadtbuches nicht, und außerdem besteht kein Buch, in welches die auf einer ganzen Stadtflur lastenden Dienstbarkeiten eingeschrieben werden könnten, womit die Unanwendlichkeit der Stadtbuch-Ordnung auf das vorliegende Verhältniß von selbst entschieden ist.

7. Daß die Servitut hinsichtlich der Bauäcker aufhöre, sobald dieselben nicht mehr zum Ackerbau benutzt werden, folgt eben so wenig aus den Verhältnissen, als daraus, daß in früherer Zeit einige Male ohne Widerspruch der Interessenten, oder gar mit ihrer Zustimmung einzelne Parcelen in Schonung gelegt worden. Dabei kann die Entbehrlichkeit derselben leitend gewesen sein, und, daß jemals eines klägerischer Seits erhobenen Widerspruchs ungeachtet mit Ansaamungen vorgeschritten sei, wird vom Beklagten nicht einmal behauptet. Seine allgemeine Aeußerung, daß die Ackerbesitzer seit undenklicher Zeit solche Freiheit gehabt, ist daher nicht genügend substantiirt.

Desgleichen hängt das klägerische Weiderecht nicht davon ab, ob der Besitzer des einen oder anderen Stückes die Mithut ausübt, und ist es in Beihalt der Baugewerks-Ordnung nicht einmal wahr, daß beim Uebergange einzelner Aecker an die Stadtkämmerei die Zahl des städtischer Seits auf die Weide gebrachten Viehes sich nothwendig mindere.

Gleich unbeachtlich ist das Gesuch um Restitution gegen die Verjährung, weil es sich hier nur um Ländereien, die im Eigenthume von Privatpersonen stehen oder gewesen sind, handelt, und die Kämmerei die beim Ankaufe darauf ruhenden Lasten anzuerkennen hat, wie sehr auch ein Anderes im Interesse der Stadt liegen mag.

8. Was nun speciell die in lite befangenen Besaamungen der Nr. 322, 326 und 327 anlangt, so ist der Bauhofsbesitzer als solcher nicht dem Magistrate unterworfen, und können ihm durch Rath- und Bürgerschluß keine Rechte entzogen oder geschmälert werden. Es ist daher irrelevant, daß die Ansaamungen auf solchen Beschlüssen beruhen.

Wenn ferner Kläger nicht so viel zur Weide liegen läßt, als ordnungsmäßig geschehen müßte, so werden dadurch Repressalien nicht gerechtfertigt, sondern kann städtischer Seits nur auf Abstellung der Ordnungswidrigkeit gedrungen werden.

9. Dagegen ist es richtig, daß die Servitut mit möglichster

Schonung der Rechte des Grundeigenthümers ausgeübt werden muß. So gewiß sich nun auch der Berechtigte nicht gefallen zu lassen hat, daß der bisher freie Hütungsplatz ganz in Forst umgewandelt werde, weil ihm dadurch, wenigstens auf längere Zeit, die Hütung unmöglich gemacht wird, so gewiß darf er anderer Seits das belastete Revier nicht weiter, als es für das Bedürfniß des herrschenden Gutes nothwendig ist, beschränken wollen, und der Einhegung eines kleinen Theils der großen hutbelasteten Fläche nicht anders Widerspruch entgegensetzen, als wenn ihm dadurch die Befriedigung eines Bedürfnisses verkümmert wird.

Pfeiffer in der Zeitschrift für Deutsches Recht Bd. 13 Abhdlg. VI, insbesondere Seite 177 ff. und 202 nr. II.

Denn nicht schlechthin wird wegen der Servitut dem Grundbesitzer die anderweitige Benutzung eines Theils beträchtlicher Weideflächen untersagt, sie muß nur in so weit zurücktreten, als sie mit dem berechtigten Interesse des herrschenden Gutes collidirt, und hat Solches daher Kläger, welcher die angelegte Schonung nicht dulden will, im Streitfalle darzuthun.

10. Kläger hat nun nicht allein behauptet, daß sein Bedürfniß die fernere Behütung der im Mittelfelde belegenen zusammen 3709 □Ruthen enthaltenden, Nr. 323 und 326 und des im L.'schen Felde liegenden Nr. 327 von 1006 □Ruthen erheische, sondern sich auch auf die Dürftigkeit der F. er Feldweide überhaupt, und insonderheit in der Zeit von Bestellung der Sommersaat bis zur Ernte hin, bezogen, und daneben geltend gemacht, daß die angesaamten Nr. 322 und 326 große Flächen, namentlich das dem Bäcker S. gehörige Ackerstück von 4055 □Ruthen, zur wesentlichen Erschwerung der Beweidung desselben und Verkümmerung des Triftrechts, von der Verbindung mit dem Ackerlande abschlössen. Ferner fehlt es nicht an einer eingehenden Verbreitung über die bestehenden Verhältnisse, und wird

die Zahl der diversen städtischen Heerden und der Bauhofsheerden mit Einschluß der Lämmer zu 2600 angegeben. Somit hat Kläger vorläufig genug gethan, und demjenigen, was die hiesige Entscheidung vom 8. April 1861 vermißte, so abgeholfen, daß der Richter um so weniger Grund hat, seine Darlegungen als ungenügend zurückzuweisen, als die Beurtheilung der Frage, ob das vermeinte Bedürfniß existirt, ein Erachten Sachverständiger erfordert.

Beklagter räumt zwar ein, daß die Feldweide im Allgemeinen, und besonders in der Zeit von Bestellung der Sommersaat bis zur Ernte, schlecht sei, weist aber auf die desto bessere Buschweide und den Stadtforst hin, und bestreitet im Uebrigen — abgesehen von der Größe der fraglichen Parcelen — die Richtigkeit der klägerischen Darstellung. Ueber die Zahl der weidenden Schaafe erklärt er sich, mit Verschweigung der Anzahl der Stadtschaafe, ignorando, weil er nicht weiß, wie viele Kläger hält, und übergeht demnächst den Punct, nachdem letzterer hierauf in der Replik geantwortet, daß er 700 Schaafe habe.

Außerdem beruft Beklagter sich ausdrücklich auf die Werthlosigkeit der fraglichen Flächen für die Weide, und macht bemerklich, daß Weide genug vorhanden sei, wenn Kläger, mit Beobachtung der Principien der Dreifelder-Wirthschaft, Brache halte, und nicht mehr Vieh, als er mit dem auf der Bauhofsbesitzung erzielten Futter durchwintern könne, hinaustreibe, wie städtischer Seits dieses Maaß voll eingehalten werde.

11. Daß nun die Thierzahl, für welche Kläger die Mithut in Anspruch nehmen darf, nach dem auf dem Bauhofe zu gewinnenden Winterfutter zu ermessen ist, leidet keinen Zweifel, und da Beklagter 500 für die dem Hofe entsprechende Zahl hält, so ist bei Erwägung der Ausreichlichkeit der Weide zum Grunde zu legen, daß letztere den städtischen Heerden, deren zeitiger Bestand das gebührende Maß nach eigener Versicherung des Beklagten nicht überschreitet, und 500 Schaafen des Bauhofes dienen soll,

falls Kläger nicht beweist, daß der Bauhof bis zu 700 durch den Winter bringen kann. Seine Behauptung, daß schon seit dem Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts, oder seit undenklicher Zeit, auf seinem Besitze gegen 700 Schaafe gehalten worden, ist nicht geeignet, ihn von jenem Beweise zu befreien, weil die Servitut nicht für eine, der Zahl nach gemessene Heerde erworben ist, und der hutpflichtige Eigenthümer eine ihm bisher unschädliche Nachsicht üben konnte, ohne dadurch einem Rechtsverluste ausgesetzt zu werden.

Natürlich hat Kläger auch den jetzigen Bestand der städtischen Heerden der noch nicht feststehenden Zahl nach darzuthun, weil sie zur Grundlage des nöthigen Gutachtens wesentlich dient.

Ferner kommt zwar darauf nichts an, wieviel von den Ackerbesitzern in einzelnen Jahren zur Weide hergegeben wurde, und eben so wenig kann verlangt werden, daß Kläger verhältnißmäßig gleichviel liegen lasse. Aber, was die beiderseitigen Interessenten von ihrem Acker ordnungsmäßig unbebauet zu lassen verpflichtet sind, gehört zu den Weideflächen, auf deren Benutzung Kläger mit angewiesen ist, und ist daher für die Frage, wie viele Schaafe sich auf dem ganzen Weidereviere ernähren können, mit in Betracht zu ziehen. Das Stadt- und Bauhofsfeld ist in drei Schläge getheilt, von denen, Inhalts des Art. 42 der Bauzunft-Ordnung vom 11. September 1780 zwei alljährlich mit Roggen resp. Sommergetraide besäet werden dürfen, während die Besommerung des dritten nur vorn, also nicht ganz zur Hälfte, erlaubt ist. Es muß also von den beiderseitigen Bauäckern des dritten Feldes über die Hälfte brach liegen.

12. Nach diesen Erwägungen und in Berücksichtigung des sonst Vorgebrachten sind die dem Kläger obliegenden Beweise formulirt, bei deren Führung Beklagter schuldig ist die betreffenden Parcelen dem Kläger wiederum zur Mithut freizugeben, wogegen das weitere Petitum, zu erkennen,

daß die wider den Kläger wegen Weidefrevels ergangene Forststrafsentenz nicht zu Recht bestehe, nicht Statt findet, weil dem Proceßgerichte hierüber keine Cognition zusteht. Wenn nun auch dem Beklagten in Gemäßheit obiger rat. der Beweis nachzulassen ist, daß die zwischen den städtischen Ackerbesitzern und dem Bauhofsbesitzer auf den Stadt- und Bauhofsfeldern ausgeübten reciproken Weidegerechtsame auf einer bis zum Widerrufe von der einen oder anderen Seite ertheilten Concession beruhen, so hat doch solcher Beweis auf das Erkenntniß über den Streitpunct, ob Beklagter dem Kläger die Weide auf Nr. 322, 326 und 327 nehmen oder beeinträchtigen dürfe, zur Zeit keinen Einfluß, weil der Widerruf, wenn er in Betracht kommen soll, das Verhältniß rücksichtlich aller Theilnehmer aufheben muß, und daher nicht vom Beklagten allein geschehen kann. Durch den Beweis wird nur die Statthaftigkeit der Auflösung des bestehenden Verhältnisses durch einseitigen Widerruf Seitens der Gesammtheit der städtischen Ackerbesitzer constatirt, so daß erst beim Eintritte dieses Falles dem Weiderechte des Klägers auf den der Stadt gehörigen Flächen ein Ende gemacht ist.

Auf das vom Beklagten zur Hand genommene Rechtsmittel der Restitution erfolgte eine bestätigende Sentenz vom 27. Juni 1864, aus deren Gründen noch Folgendes hervorzuheben ist.

1. — — — — — —

2. — — — — — Allerdings präsumirte die ältere gemeinrechtliche Doctrin bei gegenseitiger Hütung, auch wenn sie seit langen Jahren bestanden, für ein precarium. Indessen schon zu Anfang des vorigen Jahrhunderts wandte sich eine immer größere Zahl angesehener Rechtslehrer, und mit ihnen auch die Praxis der entgegengesetzten Ansicht zu:

Vergl. **Emminghaus**, ad Cocceji jus controversum, VIII. 3. qu. 2 n. o.

Balth. a Wernher, select. observ. forenses II pars 6 observ. 356 und supplem. dazu, und pars 8 observ. 358,

Mevius decis., decis. 251.

In noch späterer Zeit, und besonders seit der Schrift von Joh. Ludw. Eckhardt (Franc. Gul. Friederici) an detur compascuum ex praesumt., quod sit familiaritas. Jen. 1784,

pflegte man, je nach Beschaffenheit der Fälle, zu unterscheiden, ob die Mehreren auf dem Grundstücke eines Dritten gemeinsame Hütung haben, oder aber die zu behütenden Grundstücke den Berechtigten selbst gehören; im letzteren Falle sollte nur bei besonderen Gründen für eine Servitut präsumirt werden. Als einen solchen besonderen Grund führt der gedachte Schriftsteller, § 16, die compascua universitatis an, quae ob agros commixtos naturam mutuae servitutis facile induere possunt. Dieser Fall liegt hier vor, da kein Streit darüber ist, daß die Bauhofsäcker und die städtischen mit einander im Gemenge liegen. Indessen gehen die neueren Schriftsteller noch weiter. Nach Kind, quaest. forens., ed. I, tom. III cap. 38, trifft Denjenigen, welcher sich compascui revocandi causa auf eine precaria concessio beruft, die Beweislast, und haben damit die meisten Neueren sich einverstanden erklärt.

Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 179, Walter, System des Deutschen Privatrechts § 135, VI.

Die Thatsache langjähriger Uebung der Koppelhut läßt Beklagter auch jetzt noch unbestritten.

39. Vereinbarte zeitliche Beschränkungen der Kündigungsbefugnis des Gläubigers werden in das Hypothekenbuch nicht eingetragen.

Di 372/1867.

Beim Verkaufe eines Rittergutes war bedungen, daß die nach 75000 Thlr. an letzter Stelle auf den eigenen Namen des Verkäufers eingetragenen fünf Capitalien von je 5000 Thlr. während der nächsten zehn Jahre vom Gläubiger gar nicht und später nur so gekündigt werden könnten, daß jährlich nur einer von diesen Posten zurückzuzahlen sei. Hinterher verlangte der Käufer, um auch einem Cessionar gegenüber sicher zu sein, daß diese Nebenberedung im Hypothekenbuche vermerkt werde und erhob, da der Verkäufer sich hierauf nicht einlassen wollte, gegen denselben Klage, wurde jedoch, sofort angebrachter Maßen abgewiesen. Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung durch einen Erlaß vom 20. Mai 1867.

Denn zur Eintragung in das Hypothekenbuch eines ritterschaftlichen Gutes eignen sich überall nur solche Privatvereinbarungen, welche Bezug haben auf die Bestellung, Uebertragung oder Tilgung des constituirten dinglichen Rechts; Vormerkungen können also in demselben nur in so weit einen Platz finden, als sie den Gläubiger oder Schuldner in der Befugniß beschränken sollen, Veränderungen in den rechtlichen Beziehungen des Grundstücks oder des intabulirten Rechts zum Hypothekenbuche vorzunehmen. Beredungen, welche das Intabulat selbst und dessen Geltendmachung betreffen, gehören der Urkunde an, welche der Intabulation untergelegt wird, und sichern, wenn sie in diese aufgenommen sind, den durch eine solche Beschränkung Berechtigten und dessen Rechtsnachfolger vollkommen gegen den ursprünglichen und gegen den späteren Inhaber des Intabulats.

Vergl. Tschierpe, Erörterungen zur revidirten Hypotheken-Ordnung vom 18. October 1848 S. 86, 175.

Diejenige Beschränkung, deren Notirung im Hypothekenbuche der Querulant mittels seiner jetzigen Klage erwirken

will, betrifft nun nicht die Uebertragbarkeit der fol. 37, 38, 39, 40 und 41 in das H'er Hypothekenbuch eingetragenen Forderungen, sondern die Geltendmachung derselben auf dem Wege der Klage, indem der Gläubiger auf eine Kündigung während einer Reihe von Jahren verzichtet hat; sollte letzterer deshalb zum Zwecke mehrerer Sicherung des Querulanten noch zu einer besonderen Thätigkeit in dieser Beziehung überall verpflichtet sein, so könnte dieselbe doch nie dahin gerichtet sein, daß derselbe eine Vormerkung dieserwegen bei der Hypothekenbehörde zu beantragen habe, und erscheint demnach das hierauf gerichtete Klagegesuch eben so unzulässig, als des Querulanten weiterer Antrag, in diesem Betreff ein Inhibitorium an die gedachte Behörde zu erlassen.

---

40. Ueber das Recht der Wildfolge.

Pe $52/_{1867}$ Strel.

Ein von dem Gutsbesitzer P. in seinem Revier angehetzter Rehbock wurde von dem nachsetzenden Windhunde erst jenseits der Grenze auf dem Gebiete des Gutsbesitzers X. ergriffen und dort von dem der Spur des Wildes folgenden Jäger aufgenommen. Auf die Klage des X. wurde dem Antrage desselben gemäß nach verhandelter Sache P. verurtheilt den Bock herauszugeben oder dessen Taxwerth zu bezahlen und sich fortan der Wildfolge in das klägerische Revier bei Hetzjagden auf Rehe zur Vermeidung einer namhaften Geldstrafe zu enthalten. Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung durch den Appellationsbescheid vom 2. Mai 1867.

Gründe.

Das in Mecklenburg unter dem Namen des Jägerrechts bekannte Recht der Wildfolge (sequela venatoria), dessen

älteste Spuren bis in die Zeit der Volksrechte zurückreichen,

L. Salica tit. 36 cap. 5, 6,

Ll. Rotharis Longob. cap. 317, 319,

Stieglitz, Geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wild und Jagd, Seite 27,

besteht im Allgemeinen in der Befugniß des Jagdberechtigten die im eigenen Reviere begonnene Occupation eines jagdbaren Thieres über die Grenze hinaus fortzusetzen, wobei er jedoch in dem fremden Reviere sich darauf beschränken muß, der Spur des Wildes nachzugehen, um dasselbe, wenn es in Folge der bereits vorgenommenen Occupationshandlungeu in seine Gewalt fällt, aufzunehmen.

Eichhorn, Deutsches Privatrecht § 285.

Der einfachste Fall ist der, daß das verfolgte Wild den im Reviere des nachfolgenden Jägers bereits erhaltenen Wunden erliegt und von demselben, bereits verendet, sofort aufgefunden wird. Nach der strengeren Ansicht findet das Recht der Wildfolge überhaupt nur in diesem einen Falle Statt,

Runde, Deutsches Privatrecht § 159 b.

Schilling, Lehrbuch des Forst- und Jagdrechts § 206; es wird jedoch meistens angenommen, daß der dem schweißenden Thiere nachsetzende Jäger sich dasselbe auch dann aneignen dürfe, wenn es lebend in seine Hände fällt, vorausgesetzt, daß er auf dem fremden Reviere von seinen Schießwaffen keinen Gebrauch macht.

Pufendorf, Observationes juris universi, tom III. observ. 192.

Bülow und Hagemann, Practische Erörterungen, Bd. I. Seite 92 ff.

An welche Voraussetzungen die Ausübung der Wildfolge bei der mit Windhunden exercirten Hetzjagd gebunden sei, ist in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis streitig. Während die meisten namhaften Bearbeiter des heutigen deutschen Privatrechts dabei stehen bleiben, daß nur auf

eigenem Reviere bereits verwundete Thiere über die Grenze verfolgt werden dürfen,

Vergl. die Lehrbücher von Gerber § 93,
Beseler III § 196, Bluntschli § 85,
Phillips II § 99, Gengler Seite 207,

gestatten Andere,

Vergl. Mittermaier, § 218 ad not. 10,

das auf eigenem Gebiete blos aufgehetzte und unerreicht über die Grenze entkommene Wild zu verfolgen, so lange die Hunde daran bleiben. Für diese Befugniß, welche auch in Particulargesetzen Anerkennng gefunden hat,

Preußisches Landrecht § 131, I, 9,
Hommel, Rhapsodia quaestionum, observ. 68,

kann die bekannte Stelle des Sachsenspiegels

Landrecht II, 61 § 4

geltend gemacht werden, nach welcher der Jäger seinen Hunden, die einem außerhalb des Bannforstes aufgetriebenen Wilde nachsetzen, in den Forst folgen darf und, sofern er die Hunde dort weder durch Blasen des Horns noch sonst weiter antreibt, keine Buße verwirkt, wenn sie das Wild fangen.

Vergl. Schwäbisches Landrecht cap. 236 — der Laßbergischen Ausgabe —.

Nach dem Zeugnisse von Riccius

Entwurf von der Jagdgerechtigkeit,
cap. VIII § 1 Seite 136,

ist indessen diese Stelle in der Praxis stets nur auf schweißend übergetretene Thiere bezogen worden, und auch Haubold

Lehrbuch des Königl. Sächsischen Privatrechts, § 237,

redet nur von angeschossenem Wilde, wenngleich die von ihm not. c citirten Schriftsteller zum Theil weiter gehen.

Im Rechtssysteme stellt sich die bisher beschriebene Wildfolge als eine auf Herkommen oder Gesetz zurückzuführende Beschränkung eines fremden Jagdrechts dar, indem sie die Befugniß verleiht, fremdes Jagdgebiet zu betreten,

um dort eine begonnene Occupationshandlung fortzusetzen. Für das heutige gemeine Recht, dem gesetzliche Bestimmungen fehlen, läßt sich auf Grund vorstehender Erörterungen nur sagen, daß jene Befugniß uralt sei und wenigstens in ihrer geringsten Ausdehnung in der Anwendung auf verwundete Thiere anerkannt werden müsse, im Uebrigen aber deren Umfang nur aus den geschriebenen oder ungeschriebenen Quellen der einzelnen deutschen Particularrechte entnommen werden könne.

In dem auf Art. 19 der Reversalen von 1621 beruhenden einheimischen Particularrechte ist nun das Jägerrecht bei der mit Schießwaffen ausgeübten Jagd auf das geringste Maß beschränkt, bei der Hetzjagd aber dahin festgestellt, daß der Jäger den in seinem Reviere angehetzten Hasen, den seine Windhunde über die Grenze verfolgen und auf fremdem Gebiete fangen, dort aufzuehmen und ungebunden in der Hand davon zu führen ermächtigt sein soll. Diese Bestimmung darf nach dem, was so eben über die Bedeutung und den Rechtsgrund der Wildfolge gesagt ist, nicht in einer über den Wortlaut hinausgehenden Weise gedeutet werden. Es fehlt aber auch sonst, wie bereits in den Entscheidungsgründen zum vorigen Urtheile überzeugend dargelegt ist, an einem zureichenden Grunde, das ausdrücklich nur für den angehetzten Hasen statuirte Jägerrecht auf alles andere Wildpret zu erstrecken. Hatten die Stände auf dem Güstrower Landtage von 1621 in ihren „Erinnerungen über den Entwurf eines Assecurationsreverses"

— Spalding I Seite 566 —

eine Anerkennung des Satzes begehrt,

> daß, wenn gehetzte Winde mit dem Thier über die Grenze liefen und fingen — — — der Jäger nach Jägerrecht durch Aufnehmung des gefangenen Thieres nicht delinquirte,

uud hatten sie darauf eine den Antrag wörtlich wiederholende, zustimmende Erklärung der Landesherrschaft erhalten,

Ebendaselbst Seite 573,

so würde es, wenn dieses Jägerrecht bei allen jagdbaren Thieren Geltung hatte und behalten sollte, kaum erklärlich sein, wie man darauf gekommen wäre, dasselbe bei der endgültigen Redaction der Reversalen lediglich für Hasen zu sanctioniren. Offenbar viel näher liegend, ja fast unabweislich ist vielmehr die Annahme, daß das den Ständen zu assecurirende Recht schließlich in den Reversalen selbst den seinem wahren Inhalte genau entsprechenden präciseren Ausdruck erhalten hat. Der § 294 des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs steht dem nicht entgegen, da derselbe ausdrücklich nur des angeschossenen Wildes gedenkt, und überhaupt nichts Neues bestimmt, sondern nur im Allgemeinen den angezogenen Artikel der Reversalen wiederholt bestätigt. Es ist mithin ganz unrichtig, wenn Kamptz — Mecklenb. Civilrecht II § 72 Anm. 15. Seite 206 — die von ihm vertheidigte extensive Interpretation auf diese Stelle des Landesgrundgesetzlichen Erb-Vergleichs stützt. Auch aus der hiefür außerdem citirten Instruction des Herzogs Friedrich Franz an den Forstmeister von Both vom 12. März 1787 (Parchimsche Gesetzsammlung IV. Seite 171 ff.) ist kein entscheidendes Moment zu entnehmen. Zwar verdient diese Instruction, obwohl sie, wenigstens für den Stargardischen Kreis, die Bedeutung einer authentischen Declaration nicht hat, als ein wichtiges Zeugniß über das beiden Landestheilen gemeinsame Recht die größte Beachtung; allein es ist darin nirgends geradezu ausgesprochen, daß das, was der Art. 19. cit. von Hasen sage, schlechthin von gehetztem Wild aller Art gelte, insbesondere kann daraus, daß eine analoge Anwendung des reversalmäßigen Jägerrechts auf angehetzte Trappen für statthaft erklärt ist, kein Schluß auf Rehwild und andere größere Thiere gemacht werden, bei denen die in der Instruction noch besonders betonte reversalmäßige Bedingung, daß das gefangene Thier ungebunden in der Hand fortgeführt werde, nicht ausführbar ist. Ohnehin hat die Instruction, so weit sie über den buchstäblichen Inhalt des Art 19 hinaus

geht, im Schwerinschen Landestheile gesetzliche Anerkennung nicht gefunden, vielmehr ist das Jägerrecht im § 2 der Verordnung vom 22. Januar 1859 wiederum ganz nach dem Wortlaute der Reversalen definirt. Weshalb die Strelitzsche Landesherrschaft sich dieser Verordnung nicht angeschlossen hat, kann hier nicht untersucht werden; jedenfalls geht aus dem, was der Appellant darüber vorgebracht hat, nicht mit Bestimmtheit hervor, daß gerade der § 2 sub 2 Anstoß gegeben hätte und mit dem wahren Sinne der Reversalen nicht übereinstimmend gefunden wäre. Die generelle Behauptung, daß die Betheiligung an dem neuen Gesetze deshalb abgelehnt sei, weil dasselbe mit einer constanten Praxis, die man habe conserviren wollen, nicht übereinstimme, ist ohne Erheblichkeit, so lange nichts darüber vorliegt, daß und wie diese Praxis mit der Hetzjagd auf anderes Wild, als Hasen, in Zusammenhang stehe. Darüber wären nähere Angaben um so unerläßlicher gewesen, als das gegenwärtig allein in Betracht kommende Rehwild, da es sich nur in Wäldern und deren nächster Umgebung aufzuhalten pflegt, mit Windhunden, die regelmäßig nur auf freiem Terrain eine erfolgreiche Jagd machen, wohl nur ausnahmsweise gehetzt werden wird.

---

41. Die Verpflichtung zur Erstattung des Wildschadens Ca 1274/1866.

Der Besitzer einer zum Domanium gehörigen Erbpachtstelle begehrte von der Cammer, welche im Erbpachtcontracte das Jagdrecht reservirt hatte, Erstattung des Wildschadens, der ihm durch Rehe zugefügt war, indem er behauptete, daß in dem betreffenden Jagdgebiete ein übermäßiger Rehstand gehegt werde. — Der beklagte Cammerprocurator bestritt, daß nach einheimischem Rechte eine Verpflichtung zur Erstattung

des Wildschadens existire, und behauptete, daß der angebliche Schade durch Streifwild verursacht sei. Das erste Urtheil verwarf diese Einwendungen, und ward dies durch das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts vom 13. April 1867 aus nachstehenden Gründen bestätigt.

1. Wenn der Appellant in jetziger Instanz wieder darauf zurückkommt, daß die Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts nicht als ein in den einzelnen Ländern unbedingt geltendes Recht anzusehen seien und in dieser Beziehung hervorhebt, daß dasjenige Rechtsverhältniß, auf welches sich der in Frage stehende Rechtssatz bezieht, in dem betreffenden Lande vorhanden sein müsse: so ist dies ohne Zweifel als richtig zuzugestehen. Es ist indeß eine unrichtige Anwendung dieses Grundsatzes, wenn der Appellant daraus schließt, daß, wenn eine Verpflichtung des Jagdberechtigten zur Erstattung des Wildschadens auch nach gemeinem deutschen Rechte begründet sei, diese dennoch für das einheimische Recht noch besonders nachgewiesen werden müsse. Denn diese Verpflichtung ist kein selbständiges Rechtsinstitut, sondern nur eine an das Jagdrecht, wie es sich in Deutschland historisch entwickelt hat, sich knüpfende Rechtsfolge, und wenn diese Verpflichtung nach gemeinem deutschen Rechte begründet ist, so kommt es in dieser Beziehung auch nur darauf an, ob das Rechtsverhältniß, an welches sie sich knüpft, also das Jagdrecht, in Mecklenburg in derjenigen Gestalt existirt, welche dabei vorausgesetzt ist, indem es dann nicht noch eines besonderen Beweises bedarf, daß jene sich daran knüpfende Rechtsfolge durch die mecklenburgische Praxis anerkannt ist, dieselbe vielmehr ohne Weiteres auch hier als geltend angenommen werden muß, so lange nicht eine entgegenstehende Gewohnheit und Praxis nachgewiesen werden kann.
2. In Bezug auf das gemeine Recht wird nun zwar eine Verpflichtung des Jagdberechtigten zur Erstattung des Wildschadens seit dem sechszehnten Jahrhundert allgemein angenommen,

Riccius, zuverlässiger Entwurf von der in Deutschland geltenden Jagdgerechtigkeit. S. 161 ff.
Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts § 160.
v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen Bd. 3. nr. 6.
Pfeiffer, practische Ausführungen Bd. 3. nr. 5.
Schilling, Forst- und Jagdrecht § 216.

und in den neueren Lehrbüchern des deutschen Privatrechts ebenfalls als geltend anerkannt; dagegen herrscht hinsichtlich der Begründung und des Umfangs dieser Verpflichtung Streit. Dem römischen Rechte ist eine solche natürlich fremd, weil danach das Wild herrenlos ist und von Jedem, dessen Feld es betritt, gleichviel, ob er Eigenthümer oder Pächter desselben ist, getödtet werden kann. Das ältere deutsche Recht kennt eine solche Verpflichtung ebenfalls nicht, und fehlte es auch in Bezug auf das Landrecht an der Voraussetzung dazu, weil es, so lange das Jagdrecht unbestritten als ein Ausfluß des echten Eigenthums betrachtet wurde, jedem Grundeigenthümer freistand, das auf sein Grundstück übertretende Wild zu tödten, und das Verhältniß des Jagdberechtigten zu denjenigen Personen, welche eine unvollkommene Gewere oder nur ein Pachtrecht besaßen, dem Gebiete der Hofrechte angehörte. Für das Landrecht konnte daher die Frage, ob der Jagdberechtigte zur Erstattung des Wildschadens verpflichtet sei, erst entstehen, als in Folge der Lehre von der Regalität der Jagd die bisherige Verbindung des Jagdrechts mit dem Grundeigenthum fortfiel, in Folge davon Jagdrechte an fremdem Grund und Boden entstanden und dadurch eine Collision der Interessen und das Mißverhältniß eintrat, daß die aus einer übermäßigen Hegung des Wildes entstehenden Nachtheile nicht den Jagdberechtigten, sondern andere Personen trafen, die weder zur Tödtung des Wildes berechtigt, noch zu einer genügenden Abwehr desselben im Stande waren.

3. Wenn nun aus dem Jagdrechte unbedingt eine Verpflichtnng

des Jagdberechtigten zur Erstattung des Wildschadens nach Analogie der Actio de pastu und der Actio legis Aquiliae abgeleitet wurde, so muß allerdings zugestanden werden, daß das in dem Jagdgebiet des Berechtigten befindliche Wild sich nicht im Eigenthume desselben befindet. Indeß erscheint der hieraus hergenommene Einwand nicht als durchschlagend. Das ältere deutsche Recht erkennt ebenso wie das römische eine Verpflichtung des Eigenthümers zum Ersatze des durch seine Thiere verursachten Schadens an,

Sachsenspiegel II, 40. 62.

und der Sachsenspiegel schreibt im letztgedachten Artikel vor, daß, wer wilde Thiere außer dem Bannforst hegen will, sie binnen seinen bewirkten Geweren haben soll. Bezieht sich dieser Satz nun auch auf bereits occupirte und folglich im Eigenthume des Besitzers befindliche Thiere und kann daher eine gleiche Verpflichtung nicht ohne Weiteres in Bezug auf die im Jagdgebiete umherstreifenden noch nicht gefangenen Thiere statuirt werden, so läßt sich doch nicht verkennen, daß der Jagdberechtigte, wenn diese Thiere auch nicht in seinem Eigenthume stehen, in Bezug auf dieselben doch ein ausschließliches Recht hat, welches jeden Dritten hindert, dieselben, so lange sie sich in seinem Jagdgebiete befinden, zu tödten oder zu verletzen, weshalb denn auch das schwäbische Landrecht Art. 236 (ed Laßberg) sich des Ausdrucks bedient, daß ein jeglich Wild eines Mannes mit Recht sei, so lange es in seinem Gewalte sei und nicht aus seinem Wildbanne komme, und daß dieses Recht andere Personen factisch zwingt, sich durch das Wild einen Schaden zufügen zu lassen, den sie sonst durch Tödtung des Wildes abzuwenden berechtigt sein würden. Es läßt sich daher die Analogie der obigen Schadensklagen mit dem Einwande, daß das noch nicht occupirte Wild nicht im Eigenthume des Jagdberechtigten stehe, nicht beseitigen, weil derselbe dasjenige Recht, welches an solchen Thieren überhaupt denkbar ist, als sein ausschließliches Recht besitzt, dies Recht

aber in Bezug auf dritte, deren Grundstücke das Wild betritt, dieselben Wirkungen äußert, wie das Eigenthumsrecht des Besitzers an zahmen oder gefangenen Thieren, und es muß daher mit Pfeiffer a. a. O. angenommen werden, daß die Verpflichtung des Jagdberechtigten zum Ersatz des Wildschadens in diesem Prohibitionsrechte begründet sei.

4. Dagegen kann es nicht für richtig gehalten werden, wenn hieraus eine unbedingte Verpflichtung des Jagdberechtigten zur Erstattung jedes Schadens gefolgert wird. Zwischen den im Eigenthum eines Menschen befindlichen zahmen oder eingefangenen Thieren und dem noch ungefangenen Wild besteht eben der Unterschied, daß das letztere frei umherstreift und von dem Jagdberechtigten nicht behütet werden kann, der Letztere also eine Beschädigung der Felder durch das Wild nur durch eine Einhegung des Forstes oder durch völlige Ausrottung des Wildes verhindern könnte, das Jagdrecht aber eine Verpflichtung zu dem einen oder anderen nicht involvirt. Eine gleiche Haftpflicht des Jagdberechtigten für den Wildschaden, wie die des Eigenthümers durch die in seinem Eigenthume befindlichen Thiere kann daher nicht statuirt werden, vielmehr muß ein solcher Wildschaden, welchen der Jagdberechtigte bei ordnungsmäßiger Ausübung seines Jagdrechts nicht verhindern kann, als ein mit der Existenz wilder Thiere selbst unvermeidlich verbundener Uebelstand von denjenigen, welche er trifft, getragen werden. Der Umstand aber, daß der Jagdberechtigte die Beschädigung fremder Felder durch das in seinem Jagdgebiet umherstreifende Wild nicht hindern kann, giebt demselben um so weniger das Recht, die mit der Existenz des Wildes für die Grundbesitzer unvermeidlich verbundenen Nachtheile nach seinem Belieben zu steigern, als das Jagdrecht grade in der Befugniß, solche Thiere zu jagen und dadurch jene Nachtheile zu mindern, nicht aber in dem Rechte besteht, dieselben in einer gemeinschädlichen Weise zu hegen und durch sie fremde Felder beschädigen zu

lassen. Vielmehr ist in dieser Beziehung schon der allgemeine Grundsatz entscheidend, daß Rechte an fremden Sachen pfleglich auszuüben sind, und es tritt daher die Verpflichtung des Jagdberechtigten zur Erstattung des Wildschadens ein, sobald er durch Hegung eines übermäßigen Wildstandes von seinem Jagdrechte einen solchen Gebrauch macht, daß daraus den zur Jagd nicht berechtigten Feldbesitzern ein Schade erwächst, der nicht als ein mit der Existenz des Wildes unvermeidlich verbundener betrachtet werden kann. Der Satz, daß dem Rechte eine Verpflichtung zu einer dem Zwecke desselben entsprechenden Ausübung dieses Rechts correspondirt, und daß ein Gebrauch, durch den Anderen Nachtheile zugefügt werden, ein Mißbrauch des Rechts sei, ist dem deutschen Rechte auch keineswegs fremd, und grade beim Jagdrecht tritt die Nothwendigkeit einer solchen Beschränkung so sehr hervor, daß ein solches Recht, wenn dasselbe die Befugniß involvirte, den Wildstand beliebig zu erhöhen und dadurch die damit für Andere verbundenen Nachtheile beliebig zu steigern, mit den Grundbegriffen des Rechts in Widerspruch stehen würde. — Daß in dem Jagdrechte nicht die Befugniß zur Hegung eines übermäßigen Wildstandes liegt, ist auch von den Reichsgerichten wiederholt anerkannt, demnach auch von ihnen den Jagdberechtigten die Minderung des übermäßigen Wildstandes direct aufgegeben.

vergl. Pfeiffer a. a. O. S. 98. 117.

und wie hieraus die Verbindlichkeit zur Erstattung des dadurch verursachten Schadens von selbst folgt, so muß dieselbe auch, da sie nicht nur von der Jurisprudenz als eine im gemeinen Rechte begründete Verpflichtung hingestellt, sondern auch von der reichsgerichtlichen Praxis als solche anerkannt ward, und zugleich einem wirklichen Bedürfnisse des practischen Lebens entspricht, als ein Satz des gemeinen deutschen Rechts angesehen werden.

5. Der Anwendung dieses Satzes kann auch nicht der Einwand entgegengestellt werden, daß das Jagdrecht in

Mecklenburg kein Regal ist. Denn der Grund der Verpflichtung zur Erstattung des Wildschadens liegt, wie gezeigt, in dem Prohibitionsrechte des Jagdberechtigten, und in dem Umstande, daß das Jagdrecht die Befugniß zur Hegung eines übermäßigen Wildstandes nicht involvirt, und es relevirt daher auch im vorliegenden Falle nicht, daß der Kläger nicht Eigenthümer, sondern nur Erbpächter ist, weil der jagdberechtigte Grundherr, so ferne der Erbpachtcontract nicht ein Anderes statuirt, auch dem Erbpächter gegenüber zur Hegung eines übermäßigen Wildstandes nicht berechtigt ist, und der vorliegende Erbpachtcontract, wie bereits in der sententia a qua hervorgehoben, einen Verzicht auf Erstattung des Wildschadens nicht enthält.

6. Auch die eventuelle Beschwerde des Appellanten ist unbegründet. Denn wenn der Jagdberechtigte auch an sich nicht verpflichtet gehalten werden kann, den durch Streifwild verursachten Schaden zu erstatten, so kann vom Kläger doch der Beweis, daß der Schade grade durch das Standwild verursacht werde, um so weniger verlangt werden, als sich dies in vielen Fällen gar nicht ermitteln läßt, und auch das Streifwild durch das Prohibitionsrecht des Jagdberechtigten geschützt wird. Der Einwand, daß der Schade durch Streifwild verursacht worden, würde daher dem Jagdberechtigten nur dann zur Seite stehen, wenn er seinerseits nachzuweisen vermag, daß er keinen übermäßigen Wildstand der fraglichen Art hegt. In diesem Falle würde auch, da das Halten eines solchen zur Begründung der Klage gehört, diese letztere wegfallen.

---

42. Zur Geschichte des Bauernrechts im Fürstenthum Ratzeburg bis zur Publication der Erbfolgeordnung vom 9. October 1859. Ra 95/₁₈₆₃. Strel.

Aus einem vom Oberapellationsgerichte am 3. October 1867 gefällten Schiedssprüche.

1. — — — — — — — — — — — — — —

2. Die Rechte der regulirten Hauswirthe beruhen auf dem in den s. g. Versicherungsurkunden enthaltenen, zwischen der Landesherrschaft und den einzelnen Hauswirthen der regulirten Dorfschaften abgeschlossenen Vertrage, welchem letztere nach ihrer Ansicht nicht die Erwerbung sondern nur die bis dahin versagte Anerkennung ihres nunmehr unbestrittenen vollen Eigenthums an ihren Gehöften verdanken. Die Versicherungsurkunden

vergl. Masch, Gesetze des Fürstenthums Ratzeburg S. 262 ff.

bestimmen nämlich sub VI gleichlautend, daß das, was jedem Hauswirthe bei der Regulirung an Ländereien zufalle und zugeschrieben werde nebst den zur Stelle gehörenden Gebäuden zu ewigen Zeiten sein unwiderrufliches Eigenthum sein und bleiben solle, womit er nach Willen und Wohlgefallen walten und schalten könne. Dabei wird jedoch ausdrücklich bemerkt, daß 1) jede solche Baustelle untheilbar sei, folglich von mehreren Erben immer nur Einer dieselbe mit Zubehör bekommen könne, und die übrigen mit der bisher gewöhnlichen Abfindung zufrieden sein müssen; 2) bei Veräußerungen der Stellen durch Verkauf oder in sonst rechtlich erlaubter Art dem Cammer- und Forstcollegium das Näher- und Vorkaufsrecht verbleibe, auch in solchen Fällen die Bestätigung des Contracts bei dieser Behörde nachgesucht werden müsse, und, wenn sie erfolge, der Zehnte und Zahlschilling zu entrichten sei; endlich 3) die Jagd reservirt werde. Die hier als übrigens durchgreifende Regel ausdrücklich anerkannte freie Dispositionsbefugniß der Hauswirthe unterliegt also gewissen durch den Vertrag selbst festgestellten Modificationen, deren Bedeutung und Tragweite hier vor Allem genau zu bestimmen ist. Um für diese Untersuchung eine sichere Grundlage zu gewinnen, ist zunächst das Rechtsverhältniß, in welchem die Ratzeburger Bauern vor der Regulirung zu ihren Gehöften standen, ins Auge zu fassen und zur Vergleichung heranzuziehen.

3. Unter welcher Rechtsform bei der ersten Besiedelung des Landes mit deutschen, namentlich westphälischen Einwanderern

vergl. darüber Masch, Geschichte des Bisthums Ratzeburg § 4 S. 61

die neuen Anbauer in die ihnen angewiesenen Stellen angesetzt sind, läßt sich nicht mehr mit Bestimmtheit ermitteln, da directe urkundliche Nachweise darüber fehlen, und die aus späterer Zeit über einzelne Rechtsacte erhaltenen Urkunden ein ausreichendes Material zur sichern Lösung der eben aufgeworfenen Frage nicht liefern. So gewiß und streitlos es immer gewesen ist, daß die Bauern freie, einer Leibeigenschaft nicht unterworfene Leute seien, so zweifelhaft und bestritten war es, ob sie Eigenthümer ihrer Stellen seien, oder nur ein Colonatrecht daran hätten, bis die Constitution vom 30 Juli 1776 diese Differenz im Sinne der zweiten Alternative entschied. Dieses Gesetz hatte den ausgesprochenen Zweck, das geltende, auf alter Gewohnheit und bisherigem Gerichtsgebrauche beruhende Recht gemeinkundig zu machen, ohne Neues einzuführen, und hat seither bis auf die Regulirungsverträge in anerkannter Wirksamkeit bestanden, da der gegen Ende des vorigen Jahrhunderts beim Reichscammergerichte geführte Proceß, dessen Acten unter den nach der Auflösung des Wetzlar'schen Archivs an das Oberappellationsgericht abgelieferten nicht aufgefunden sind, unbestritten nicht auf die Rechtsbeständigkeit jenes Gesetzes, sondern auf die damals gegen den Willen der Bauern ins Werk gesetzte Aufhebung der Communionwirthschaft sich bezog. Es liegt hier also ein mit Gesetzeskraft ausgestattetes Zeugniß über das ältere Recht vor, dem gegenüber die sonst sich darbietenden Erkenntnißmittel nur noch zur Interpretation, nicht aber zur Widerlegung seines Inhalts benutzt werden dürfen. Das Gesetz enthält nun im § 1 den ganz klaren und bestimmten Ausspruch, daß nach einem in bekannten alten Rechten begründeten Herkommen die Bauerstellen nur in absteigender Linie vererblich

seien, und bringt damit im § 8 den Satz in Verbindung, daß das Gehöft eines ohne Descendenz verstorbenen Hauswirths einem durch letztwillige Verfügung nicht abzuwendenden Heimfalle unterliege. Zum Begriffe des vollen Eigenthums gehört auch bei Bauergütern wesentlich unbeschränkte Vererblichkeit,

Eichhorn, deutsches Privatrecht § 364

indem die bei untheilbaren Gütern allerdings vorkommende Individualsuccession zwar wohl eine Aenderung der gemeinen Erbfolgeordnung, nicht aber eine Beschränkung des Erbrechts mit sich bringt. Dagegen beruhte nach deutschem Rechte, welchem letztwillige Dispositionen bekanntlich ganz fremd waren, bei allen Arten der Erbleihe die Ausschließlichkeit der Descendenten-Folge auf alter Regel, die sogar bei den eigentlichen Ritterlehen bis zur Reception der fremden Rechte galt, und nach einer richtigen Bemerkung von

Pfeiffer, das deutsche Meierrecht S. 207,

der Eigenthümlichkeit des bäuerlichen Colonat-Verhältnisses in seiner strengsten Form vollkommen entspricht, wenn gleich es schon früh Sitte wurde, bei der Wiederverleihung erledigter Colonatgüter auf die nächsten Angehörigen des letzten Besitzers vorzüglich Rücksicht zu nehmen. Das scheint auch im Ratzeburgischen regelmäßig geschehen zu sein, und daß es auch ferner so gehalten werden sollte, ist im § 9 der Constitution ausdrücklich zugesagt. Das Heimfallsrecht ist begrifflich von dem fiscalischen Rechte auf erbloses Gut völlig verschieden, und kann nur bei dinglichen Rechten an fremder Sache vorkommen; denn dasselbe setzt einen Grundherrn voraus, dessen Proprietät oder Obereigenthum durch das Erlöschen des verliehenen Rechts, mag dieses verwirkt, freiwillig aufgegeben oder in Ermangelung eines successionsberechtigten Nachfolgers subjectlos geworden sein, wieder zum vollen Eigenthume sich consolidirt. Bauerngüter, welche dem Heimfalle ausgesetzt sind, stehen daher entschieden nicht im Eigenthume ihrer Besitzer. Freilich

sind nach der eigenen Angabe des Regierungsprocurators aus der früheren Zeit nur wenige Beispiele der Ausübung eines Heimfallsrechts und zwar bei derelinquirten, von den Besitzern „verlaufenen" Hufen urkundlich nachweisbar, während sehr häufig Seitenverwandte des letzten Besitzers, der keine Leibeserben hatte, zur Nachfolge gelangt sind; allein darin liegt, wie schon bemerkt, noch kein Beweis einer rechtlich unbeschränkten Vererblichkeit, da die Zulassung von Collateralen auch auf einem, bestehender Üblichkeit entsprechenden, aber doch in jedem einzelnen Falle freiwilligen Verzichte auf das Heimfallsrecht beruhen kann. Daß seit der Constitution bis auf die Regulirungen von solchem Rechte mit Übergehung von Anverwandten, die zur Übernahme der Wirthschaft tauglich und bereit waren, Gebrauch gemacht, und heimgefallene Gehöfte auf Grund des § 9 einer nahe belegenen landesherrlichen Meierei einverleibt wären, liegt nicht vor.

4. Die Uebereinstimmung der in den §§ 2 ff. der Constitution über Anerbenrecht, Abfindungen, Altentheil und Interimswirthschaft gegebenen Vorschriften mit altem, constant befolgten Herkommen haben die jetzigen Beschwerdeführer theils ausdrücklich anerkannt, theils wenigstens nicht bestritten. Danach waren die Ratzeburger Bauerstellen von jeher nicht nur reell untheilbar, sondern auch einer Individualsuccession dergestalt unterworfen, daß von mehreren Descendenten des letzten Besitzers immer nur Einer zur Nachfolge gelangte, die übrigen aber eine landübliche Abfindung erhielten, welche zwar nach der Größe und Güte der Stelle, der etwaigen Schuldenlast und der Zahl der Kinder verschieden bemessen, aber von der Höhe einer Erbquote und des Pflichttheils unabhängig war, auch erst fällig wurde, wenn die Geschwister selbständig geworden das Gehöft verließen: bis dahin fanden sie als Knechte und Mägde auf der väterlichen Stelle ihren Unterhalt. Den Anerben konnte der Hauswirth selbst unter seinen Söhnen und in deren Ermangelung unter seinen Töchtern

wählen; war keine Wahl getroffen, oder war dieselbe auf eine ungeeignete Person gefallen, so entschied bei beiden Geschlechtern der Altersvorzug, jedoch blieb unerläßliche Voraussetzung des Anerbenrechts für die Söhne die persönliche Tüchtigkeit zur Wirthschaftsübernahme und für die Töchter die Verheirathung mit einem tüchtigen Wirthe, weshalb denn auch sowohl der vom Vater auserſehene, als der durch die allgemeine Rechtsregel berufene Anerbe der obrigkeitlichen Anerkennung seines Successionsrechts bedurfte. Ein herkömmliches Altentheil erhielt der Hauswirth, welcher schon bei Lebzeiten die Stelle dem Anerben abtrat, für sich und seine Ehefrau, die auch als Wittwe darauf Anspruch hatte. Hinterließ ein Hauswirth nur unmündige Kinder, so konnte die Wittwe unter vormundschaftlicher Aufsicht die Wirthschaft fortführen; wenn sie wieder heirathete, wurde ihr Ehemann als Interimswirth eingesetzt und empfing nach Ablauf der festgesetzten Maljahre gleichfalls ein Altentheil. Diese so eben in ihren Grundzügen geschilderten Institute eines specifisch bäuerlichen Familiengüterrechts finden sich zwar in ihrer vollen Ausbildung vorzugsweise da, wo die Bauern nur ein unvollständiges Besitzrecht an ihren Hufen haben, dienen aber keineswegs bloß dem gutsherrlichen Interesse, sondern haben auch eine socialpolitische Seite für das öffentliche Recht, und sind, wie sich weiter unten ergeben wird, mit dem vollen bäuerlichen Eigenthume durchaus nicht unverträglich. Bauergüter sind ihrem historischen Begriffe nach alle diejenigen Grundstücke, welche weder die Privilegien der Rittergüter haben, noch einer städtischen Feldmark angehören, deren Besitzer, auch wenn sie keinen Grundherrn haben, doch der Rechte des echten Eigenthums im Sinne des alten Landrechts ermangeln, mit ihren Hufen regelmäßig unter der Vogtei des Landesherrn oder einer andern Person stehen und deshalb Abgaben zu entrichten und Dienste zu leisten haben, welche sich zwar durch ihren Rechtsgrund,

nicht aber in ihrer äußeren Erscheinung von denen unterscheiden, die einem Gutsherrn präſtirt werden.

Eichhorn, a. a. O. § 245.

Bauerngüter aller Art kennzeichnen sich demnach den Rittergütern und städtischen Grundstücken gegenüber regelmäßig durch die darauf ruhenden besonderen Reallasten. Der hieraus sich ergebenden Dreitheilung des Grundbesitzes entsprechen die drei Personenclassen, welche seit dem 13. Jahrhunderte mit Verwischung der alten Standesunterschiede als sociale Stände hervortreten: der aus den schöffenbar freien Leuten und aus unfreien Ministerialen hervorgegangene niedere Adel, der städtische Bürgerstand, und der Bauernstand, der, aus freien und unfreien Leuten bestehend, durch den gemeinsamen Beruf der Bebauung des Ackers mit eigener Hand zusammengeführt und verbunden wurde.

Eichhorn, Rechtsgeschichte § 343. 448.
Deutsches Privatrecht § 54.

Es ist nun bekannt, daß das deutsche Familiengüterrecht, so mannigfaltig auch dessen particularrechtliche Gestaltungen im Einzelnen sind, sich doch im Großen und Ganzen für jede dieser drei Personenclassen auf Grund eines durch die Standesinteressen bedingten verschiedenen Rechtsbedürfnisses verschieden entwickelt hat. Stammgüter und Familienfideicommisse gehören wesentlich dem Adelsrechte an, die Gütergemeinschaft findet sich vorzugsweise in den Städten, und so bilden denn auch die vorhin erwähnten Institute des Bauernrechts ein diesem Stande eigenthümliches Familiengüterrecht, dessen Geltung sich freilich nicht von selbst versteht, sondern ein begründendes Particularrecht voraussetzt, aber doch zu allen bäuerlichen Besitzrechten paßt.

5. Rücksichtlich des Altentheils der Wittwe, des abtretenden Bauern und des Interimswirths ist es ohne Weiteres klar, daß dergleichen auf eheliches Güterrecht und auf herkömmliche Verträge zurückzuführende temporäre Belastungen dem Begriffe eines seinem Inhalte nach vollen Eigenthums

nicht widersprechen. Dagegen fordert das Anerbenrecht nebst den damit zusammenhängenden Abfindungen noch eine besondere Betrachtung. Dieses Recht ist nach Anleitung der Constitution von 1776 oben bereits in allgemeinen Umrissen geschildert, und daraus ist unschwer zu entnehmen, daß die von den neuern Schriftstellern lebhaft ventilirte Streitfrage, ob der Anerbe allein als wahrer Gehöftserbe zu betrachten sei, oder ob die Abfindungen die Natur eines Erbtheils haben

Pfeiffer, a. a. O. S. 252 ff.
Gengler, Lehrbuch des deutschen Privatrechts S. 1403. ff

vom Standpuncte des römischen und heutigen gemeinen Rechts mit Eichhorn (Deutsches Privatrecht § 364) im Sinne der ersten Alternative zu entscheiden sein würde, aber practisch bedeutungslos ist. Der zu Grunde liegende Rechtsgedanke ist deutschen Ursprungs. Das Bauergut ist nicht blos in der Regel das wichtigste Vermögensobject seines Besitzers, sondern auch die einzig mögliche Basis, auf welcher eine selbständige Stellung innerhalb des Bauernstandes sich gründen läßt. Das wesentlichste Standesinteresse besteht also darin, daß das Gut der Familie erhalten bleibe, und damit dieser Zweck erreicht werde, muß dasselbe fort und fort völlig ungetheilt in der Hand eines Besitzers sein, der als Repräsentant einer selbständigen Bauernfamilie persönlich die Wirthschaft führt. Stirbt der Besitzer mit Hinterlassung mehrerer Kinder, so tritt der Anerbe an seine Stelle als Oberhaupt der auf dem Gute wohnenden Familie, der auch die noch unversorgten Geschwister angehörig bleiben, bis sie freiwillig das väterliche Erbe verlassen. Bis dahin behalten sie in der häuslichen Gemeinschaft dieselbe rechtliche Stellung, welche sie bisher unter der Herrschaft des Vaters hatten: sie haben das Recht auf Kosten des Anerben standesmäßig erzogen und verpflegt zu werden, wogegen sie ihm auf seine Anweisung in einer ihren Kräften, ihrem Alter und Geschlechte entsprechenden Weise in der Haus- und Feldwirthschaft helfen müssen.

Dieses auch im Ratzeburgischen stets üblich gewesene geschwisterliche Dienstverhältniß ist dem bäuerlichen Standesbewußtsein durchaus unanstößig. Mit diesem Verhältnisse steht nun die Abfindung, deren rechtliche Bedeutung in den synonym gebrauchten Ausdrücken „Aussteuer", „Brautschatz" klar hervortritt, im genauesten Zusammenhange. Sie wird als eine Mitgift denjenigen Familiengliedern zu Theil, welche aus der auf dem angestammten Gute bestehenden häuslichen Gemeinschaft definitiv ausscheiden, den Töchtern, wenn sie heirathen, den Söhnen, wenn sie sich einen eigenen Heerd zu gründen Gelegenheit haben. Als ein Erbtheil kann die Abfindung nicht aufgefaßt werden, denn obwohl der Gesammtbetrag dessen, was der Anerbe dereinst auf die Ausstattung seiner noch auf dem Gehöfte lebenden Geschwister verwenden soll, sogleich nach des Vaters Tode festgestellt zu werden pflegt, so erwirbt doch jeder Einzelne ein wirkliches Recht anf seinen Antheil erst, wenn für ihn ein Abfindungsgrund eintritt, und kann vorher darüber in keiner Weise verfügen. Ob die Antheile der vor ihrer Abfindung „in der Were" verstorbenen Geschwister dem Anerben verbleiben, oder den übrigen Abfindlingen zu Gute kommen sollen, kann verschieden bestimmt sein, und wird davon abhangen, ob das vom Anerben zu Verwendende im Ganzen oder für jeden Einzelnen von vorne herein fixirt ist. Auf keinen Fall ist die ausfallende Abfindung als ein Vermögensobject des Verstorbenen Gegenstand einer Beerbung, vielmehr gestaltet sich die oben aufgestellte Alternative so, daß durch den Todesfall entweder der Anerbe von einer bedingten Schuld frei wird, oder daß die Antheile der Ueberlebenden an der Bestand behaltenden bedingten Gesammtschuld durch die Verringerung der Zahl der Mitberechtigten sich von selbst vergrößern.

6. Sind Bauerngüter, bei welchen für die Succession in absteigender Linie das vorstehend erörterte Anerbenrecht nachweislich gilt, unbeschränkt vererblich, so ist auch bei eintretender Collateralerbfolge die Anerkennung des Princips

der Individualsuccession fast unabweislich. Hätten alle in einem gegebenen Erbfalle neben einander zur Intestatsuccession berufenen Verwandten ein zu einer s. g. Civiltheilung führendes Miterbrecht an der Hufe, so würde ihr Recht stärker sein als das der Descendenten, von denen nur Einer mit Ausschluß der übrigen zur Nachfolge gelangt, und das Bauergut würde beim Übergange auf die Seitenlinie die Bedeutung, welche es für das bäuerliche Familiengüterrecht hat, verlieren, um zu einem gleichgültigen, nur seinem Geldwerthe nach in Betracht kommenden Vermögensobjecte herabzusinken. Wird aber, wie es hiernach in Ermangelung einer unzweideutigen particularrechtlichen Bestimmung oder einer rechtsbeständigen Privatdisposition anzunehmen ist, auch von den collateralen Intestaterben eines verstorbenen Hauswirths nur Einer Gehöftsnachfolger mit dem Rechte eines wahren bäuerlichen Anerben, so ist soviel ganz gewiß, daß seine Miterben als solche auf eine Abfindung keinen Anspruch haben, da nur diejenigen Familienglieder abzufinden sind, welche noch beim Tode des Erblassers zu dessen Hausstande gehörten, und dies Verhältniß, welches sie eventuell lebenslänglich fortzusetzen befugt sind, lösen wollen. Daher würde z. B. wenn der Verstorbene Descendenten hinterlassen hätte, die wegen unheilbarer körperlicher oder geistiger Gebrechen nach dem bestehenden Rechte nicht zur Succession gelangen sollten, der aus der Seitenlinie eintretende Anerbe dieselben als dem überkommenen Hausstande angehörende Pfleglinge übernehmen müssen, dagegen würde er die außerhalb der häuslichen Familie des Erblassers stehenden Verwandten bloß wegen der Gleichheit der Gradesnähe nicht bei sich aufzunehmen, mithin auch nicht abzufinden brauchen.

6. Das Anerbenrecht hat sich, wie es scheint, nirgends (namentlich im Ratzeburgischen nicht) zu einer eigentlichen successio ex pacto et providentia majorum entwickelt. Nicht bloß die Erbfolgeordnung bestimmt sich nach der Verwandtschaftsnähe zum letzten Besitzer, sondern der Anerbe

hat auch sein Successionsrecht lediglich von diesem und nicht von dem Stifter der besitzenden Familie abzuleiten, er erhält also das Gut nur, wenn und soweit es noch beim Tode seines Erblassers zu dessen Vermögen gehörte, und er hat daher alle von demselben durch Geschäfte unter Lebenden getroffenen übrigens rechtsbeständigen Dispositionen seinerseits unbedingt gelten zu lassen. Bei Colonaten hängt die Veräußerlichkeit und Verschuldbarkeit in der Regel vom gutsherrlichen Consense ab, der Anerbe aber hat weder ein Einspruchsrecht noch eine Revocationsbefugniß, und die bäuerlichen Eigenthumsgüter unterliegen daher der freien Disposition ihrer Besitzer. Das ist ja denn auch für die regulirten Ratzeburger Hauswirthsstellen in den Versicherungsurkunden ausdrücklich anerkannt. Auch letztwillige Verfügungen werden durch ein bestehendes Anerbenrecht, da es kein jus quaesitum ist, keinesweges ausgeschlossen. So hatte der Hauswirth schon nach der Constitution von 1776 die freie Wahl unter seinen successionsfähigen Descendenten und um so mehr wird ihm bei unbeschränkter Vererblichkeit der Hufe, so weit nicht das gemeine Notherbenrecht ihn hindert, mit Übergehung seiner nächsten Intestaterben einen entfernteren Verwandten oder einen ganz Fremden zu seinem Anerben zu ernennen, unverwehrt sein. Unbedenklich ist indessen die Anwendung der römischrechtlichen Grundsätze von der Erbfolge aus einem letzten Willen nur dann, wenn das Princip der Individualsuccession dadurch nicht verletzt wird. Aus dem Eigenthumsbegriffe folgt nicht mit Nothwendigkeit, daß das Bauergut als Nachlaßobject jedem anderen Vermögensgegenstande gleich geachtet werden müsse, und daher durch eine letztwillige Verfügung wenigstens seinem Werthe nach theilbar sei. Eine solche Consequenz würde nur aus der im heutigen gemeinen Rechte für alle veräußerlichen Nachlaßobjecte als Regel geltenden unbeschränkten Testirfreiheit abzuleiten sein, und dieser gegenüber ist es sehr wohl denkbar, daß durch exceptionelle Rechtsbestimmung

die Individualsuccession in Bauergüter zu einem Institute des durch Privatwillkür nicht abzuändernden öffentlichen Rechts erhoben wäre. —

8. Betrachtet man nun nach Anleitung vorstehender allgemeiner Erwägungen den Inhalt des sub VI der Versicherungsurkunden Vereinbarten genauer, so ergiebt sich zunächst als ganz unzweifelhaftes Resultat, daß die Anerkennung des Eigenthums der Hauswirthe an ihren regulirten Stellen einen vollständigen Verzicht auf die von der Landesherrschaft bis dahin in Anspruch genommenen gutsherrlichen Rechte enthält. Damit war die ohnehin noch besonders hervorgehobene freie Veräußerlichkeit von selbst gegeben, auch verstand sich, da nunmehr von einem Heimfallsrechte nicht weiter die Rede sein konnte, die unbeschränkte Vererblichkeit von selbst. In Betreff des Anerbenrechts und seiner Consequenzen wurde den Versicherungsurkunden die oben erwähnte Clausel eingeschaltet, kraft derer die regulirten Baustellen fortwährend ungetheilt bleiben müssen. Daß hiemit nicht bloß jede Zerstückelung der Hufen verboten sei, zeigt deutlich die hinzugefügte Bemerkung, aus der festgesetzten Untheilbarkeit folge, daß nur Einer von mehreren Erben die Stelle mit Zubehör bekommen könne und die übrigen mit der bisher gewöhnlichen Abfindung zufrieden sein müssen. Dieser letzte Zusatz enthält eine klare Anerkennung des Princips der Individualsuccession, welches hier verallgemeinert und dem Wortlaute nach auf alle Erben ohne Unterschied des Delationsgrundes erstreckt wird. Rücksichtlich der Intestaterbfolge kann in diesem Betreff ein begründeter Zweifel nicht wohl aufkommen, denn wenn diejenigen, welche neben dem Gehöftsnachfolger als dessen Miterben in den übrigen Nachlaß succediren, mit den bisher gewöhnlichen Abfindungen zufrieden sein müssen, so ist damit bestimmt ausgesprochen, daß ihnen an der Hufe und deren Zubehör ein weiter gehendes Recht nicht eingeräumt sein solle, und daß auch nur solchen Miterben, welchen nach dem bisherigen Rechte eine Abfindung

zukam, dieser Anspruch verbleibe. Über die Successionsordnung enthalten die Versicherungsurkunden keine Bestimmung, und es blieb daher eine offene Frage, ob der für die Descendentenfolge altherbegrachte und durch die Constitution von 1776 anerkannte Grundsatz, daß die Männer den Weibern vorgehen, und in jeder dieser beiden Abtheilungen der Altersvorzug entscheide, fortan auch für die Classe der Ascendenten und Collateralen gelte. Über testamentarische Erbfolge fehlt es überhaupt an einer speciellen Vereinbarung. Es konnte daher streitig werden, ob es einem Erblasser gestattet sei, durch letztwillige Verfügung dem von ihm ernannten oder dem nach allgemeiner Rechtsregel succedirenden Gehöftsnachfolger als solchem Vermächtnisse aufzulegen, welche nicht die rechtliche Bedeutung von Abfindungen haben, oder deren herkömmliches Maß so sehr überschreiten, daß das Princip der Individualsuccession verletzt erscheinen würde. Ebenso blieb auch die sich sogleich aufdrängende wichtige Frage unentschieden, wie es zu halten sei, wenn etwa ein Erblasser in seinem Testamente mehrere Personen instituirt, ohne über die Gehöftsnachfolge irgend eine Verfügung zu treffen.

9. Diese und ähnliche Fragen konnten in vorkommenden Streitfällen leicht zu großen Weiterungen führen und bildeten daher zur Sicherung des durch die Regulirungsverträge begründeten Rechtszustandes eine nahe liegende Aufgabe für eine declarirende und ergänzende Gesetzgebung. Das dringendste Bedürfniß war eine dem erweiterten Erbrechte entsprechende weitere Ausgestaltung des alten Familiengüterrechts, dessen fernere Geltung, wie gezeigt, in den Versicherungsurkunden im Allgemeinen bedungen war. Auf diesem Gebiete konnte die Gesetzgebung sich ganz frei bewegen, ohne mit vertragsmäßigen Rechten der Hauswirthe in Conflict zu gerathen. Den ersten Versuch einer Lösung dieser Aufgabe enthält die Verordnung vom 26. October 1824. Nach seinen Eingangsworten ist nun dieses Gesetz aus der Erwägung hervorgegangen, daß das den Haus-

wirthen zugesicherte Eigenthum zwar die volle Vererblichkei nach den dafür geltenden gemeinrechtlichen Grundsätzen und ohne die durch die Constitution von 1776 gezogenent Schranken von selbst nach sich ziehe, daß aber die in den Versicherungsurkunden über die Untheilbarkeit der Hufen über Anerbenrecht und Abfindungen gegebenen Bestimmungen zur Verhütung von Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten eine specielle gesetzliche Regelung erheischen. Rücksichtlich der successio ab intestato wird als selbstverständlich angenommen, daß dabei das geltende gemeine Recht oder nach dem concreten Ausdrucke des Gesetzes „die allgemeine römische Erbfolgeordnung" zu Grunde zu legen, mithin nur noch zu bestimmen sei, wer unter mehreren Intestatmiterben als Anerbe der Hufe und deren Zubehör succedire. Es wäre wohl das Natürlichste gewesen, die althergebrachte Rangordnung nach dem Geschlechte und Alter nunmehr zur allgemeinen Regel für das gesetzliche Anerbenrecht zu machen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Für die Descendenten ist jene Ordnung allerdings beibehalten und auf die Ascendenten erstreckt, dagegen ist für die Seitenverwandten bestimmt, daß alle Intestaterben dieser Kategorie ohne Rücksicht auf Geschlecht und Alter „entweder nach den Köpfen oder nach den Stämmen denjenigen Anspruch an die Baustelle haben, welcher ihnen nach der gemeinrechtlichen Erbfolgeordnung zusteht". Auf den ersten Blick gewinnt es hiernach den Anschein, als ob für die Collateralerbfolge das Princip der Individualsuccession ganz aufgegeben wäre. Daß indessen ein solches Resultat, welches nach den oben angestellten allgemeinen Erwägungen im höchsten Grade auffallen müßte, nicht beabsichtigt sei, ergiebt sich aus den an obigen Satz sich unmittelbar anschließenden speciellen Normen. Wäre der den sämmtlichen ab intestato succedirenden Seitenverwandten eingeräumte Anspruch an die Baustelle von vorne herein ein wahres Erbrecht, so würden sie durch den Erbschaftsantritt zunächst anch dem Maße ihrer Erbquote Miteigenthümer werden

und hätten sich sodann nach den für untheilbare Nachlaßobjecte geltenden allgemeinen Regeln auseinander zu setzen. Die Verordnung beschränkt dagegen jeden Anspruch ausdrücklich auf die Befugniß der collateralen Intestaterben, den Gehöftsnachfolger aus ihrer Mitte zu bestimmen, ohne hierüber im Einzelnen weitere Vorschriften zu geben, und erklärt das Recht, bei dieser „Ausmittelung" des Successors mitzuwirken, für ein höchst persönliches, welches auf die Erben der vor erreichter Einigung sterbenden Interessenten nicht übergeht. Es kann nicht fehlen, und ist auch unverboten, daß bei dieser Art der Ermittelung des Anerben jeder Theilnehmer sein Mitbestimmungsrecht für sich nutzbar macht, und daß daher schließlich derjenige die Stelle erhält, welcher den übrigen das Meiste bietet, allein was diese erhalten, ist dann eine vereinbarte Gegenleistung, kein Erbtheil; denn wenn die Einigung nicht innerhalb der gesetzlichen Frist von sechs Wochen nach dem Tode des Erblassers zu Stande kommt, wird der Anerbe unter Leitung des Gerichts durchs Loos bestimmt, und daß seine Miterben dann keinen Theil an der Hufe haben sollen, ist nicht zweifelhaft, da das Gesetz bei dieser Gelegenheit besonders in Erinnerung bringt, daß eine Abfindung und zwar die herkömmliche nur den Erben, welche Descendenten des Erblassers sind, gebühre. Über die Succession aus letztem Willen stellt die Verordnung in § 1 den Satz auf, daß jeder Hauswirth unter Einhaltung der in den Versicherungsurkunden gemachten Bedingungen von Todes wegen frei verfügen, jedoch seine Descendenten und Ascendenten nur aus gesetzlichen Enterbungsgründen zu Gunsten Anderer übergehen dürfe. Daran schließt sich in § 2 die nicht unwichtige Bemerkung, daß die Intestaterbfolge eintrete, wenn der Hauswirth nicht den Erben der Baustelle in einem rechtsbeständigen letzten Willen ernannt habe. Damit ist zwar nur beiläufig, aber doch deutlich genug gesagt, daß eine generelle Instituirung mehrerer Personen auf die Gehöftsnachfolge ohne Einfluß bleibe,

und daß eben so die ausdrückliche zu einer Civiltheilung führende Ernennuug mehrerer Gehöftsnachfolger unstatthaft sei. Somit erscheint das Princip der Individualsuccession nach allen Seiten hin gewahrt, und die Bestimmung in § 7, daß das Eigenthum ganz nach gemeinrechtlichen Grundsätzen auf die Erben übergehe, kann in Verbindnng mit den voraufgehenden Detailvorschriften nur auf den Erbschaftserwerb im Allgemeinen bezogen, also nur dahin verstanden werden, daß auch der Gehöftsnachfolger wie jeder andere Erbe bald ipso jure, bald auf Grund einer vorgängigen Antretung succedire.

10. Die überaus wichtige Frage, ob es den Hauswirthen frei stehe, den Anerben mit ungewöhnlichen Abfindungen zu beschweren, ist direct in der so eben analysirten Verordnung nicht entschieden. Die Clausel der Versicherungsurkunden, daß die nicht ins Gehöft succedirenden Descendenten mit den gewöhnlichen Abfindungen zufrieden sein müssen, besagt unmittelbar freilich nur, daß sie auf ein Mehreres keinen Anspruch haben, ohne dem Erblasser eine weiter gehende Zuwendung zu verbieten, aber daneben kommt in Erwägung, daß nach § 1 der Verordnung alle in den Versicherungsurkunden enthaltenen Bedingungen, zu denen doch unleugbar jene Clausel gehört, auch für letztwillige Verfügungen maßgebend sein sollen. Überdieß zeigt die ganze ad VI der Versicherungsurkunden sub 1 hinzugefügte oben bereits angeführte Bestimmung, daß durch die Verleihung oder Anerkennung des vollen Eigenthums weder die Qualität der den Hauswirthen zugewiesenen Stellen, noch auch die für dieselben als Bauergüter geltenden Rechtsgrundsätze haben aufgehoben werden sollen, und es ist ihnen danach nur ein solches Dispositionsrecht über die fraglichen Stellen eingeräumt worden, wie es dem Eigenthümer einer freien Bauerstelle an dieser zusteht. Der gedachte beschränkende Zusatz enthält nämlich seinem Wortlaute nach nicht bloß das Verbot der Zerstückelung und Besetzung mit neuen Anbauern, sondern daneben auch den Ausspruch, daß dieß

Eigenthum fortwährend eine untheilbare Baustelle sein und allemal nur einen Besitzer haben solle; und wenn daneben am Schlusse gesagt ist, daß nur einer von mehreren Erben die Stelle mit Zubehör bekommen kann, und die übrigen mit der bisher gewöhnlichen Abfindung zufrieden sein müssen, so liegt darin nach der ganzen Satzverbindung keineswegs bloß eine beiläufig hinzugefügte Bestimmung über die Intestaterbfolge, sondern zugleich eine Beschränkung der Dispositionsbefugniß, so daß also nach dem Wortlaut der Versicherungsbedingungen den Eigenthümern weder die Befugniß, durch letztwillige Disposition die Stelle mehreren Erben zu hinterlassen, noch auch das Recht, den Erben mit bisher nicht gewöhnlichen Abfindungen zu belasten, eingeräumt worden ist. Gleichwohl entstanden bald Zweifel über diesen Punkt, welche das Justizamt aus Anlaß eines vorgekommenen Rechtsfalles bewogen, eine declaratorische Verordnung darüber zu beantragen. Es erfolgte hierauf indessen durch landesherrliches Rescript vom 26. November 1825 ein ablehnender Bescheid. Die erbetene gesetzliche Regelung des zweifelhaften Punktes wurde für überflüssig erklärt, da den Hauswirthen ein nur durch die Untheilbarkeit des Objects und die bedungenen Reallasten beschränktes Eigenthum zugesichert sei, mithin denselben auch die Befugniß zustehe, nicht bloß den Gehöftsnachfolger zu ernennen, sondern auch die Abfindungen der übrigen Descendenten festzustellen. Diese Begründung des Bescheides steht mit den Ergebnissen dessen, was oben über die Bedeutung des Eigenthums und das Verhältniß desselben zur Testirfreiheit gesagt ist, allerdings nicht im Einklange; allein in diesem Rescripte ist eine bindende Erklärung des Landesherrn über seinen den Versicherungsurkunden zu Grunde liegenden Vertragswillen nicht zu finden. Eine solche Auffassung würde völlig unberechtigt sein; abgesehen davon, daß dieß Rescript nicht von dem Urheber der für die Regulirungsverträge normirenden Versicherungsbedingungen, sondern von Höchstdessen Regierungsnachfolger herrührt, mithin als ein

unmittelbares Zeugniß über den Vertragswillen nicht gelten kann. Die Anfrage war nicht von den Hauswirthen oder in ihrem Namen gestellt, vielmehr hatte das Justizamt von Amtswegen über eine ihm zweifelhafte Rechtsfrage eine gesetzliche Bestimmung erbeten. Der Landesherr war nicht von seinen Contrahenten um eine genauere Angabe seines Contractswillens, sondern von einer richterlichen Behörde um eine allgemeine gesetzliche Bestimmung angegangen; es fehlte ihm daher jeder Anlaß, eine bindende Entscheidung zu ertheilen, welche ihn hinderte, später einer veränderten Rechtsansicht in einem neuen Gesetze Raum zu geben. Sollte daher das fragliche Rescript, obgleich durch dasselbe der Erlaß eines Gesetzes abgelehnt wird, als eine authentische Declaration zu betrachten sein, so blieb diese doch immer ein gesetzgeberischer Act, der durch ein späteres Gesetz wieder aufgehoben werdeu konnte, zumal dieß Rescript niemals publicirt, die Controverse vielmehr von den competenten Gerichten noch in einem späteren Falle im entgegengesetzten Sinne entschieden ist, und dadurch Veranlassung zu einer erneuerten Prüfung gegeben war.

C. Obligationenrecht.

43. Ueber die processualische Behandlung des Streites über das Gläubigerrecht. A. 26/1867. Strel.

Im Concurse hatten sich zu einer auf ein Grundstück des Cridars intabulirten Forderung zwei Liquidanten gemeldet. Der ursprüngliche Gläubiger A. bezog sich auf das Hypothekenbuch, in welchem die Forderung noch auf seinen Namen stehe; B. dagegen producirte den Hypothekenschein, dem eine unter

dem Namen des A. ausgestellte Cessionsacte, deren Echtheit von A. jedoch bestritten wurde, angeheftet war, und knüpfte daran die gleichfalls urkundlich bescheinigte Behauptung, daß der Cessionar ihm die fragliche Forderung durch weitere Cession abgetreten habe. Das Prioritätserkenntniß locirte diese Forderung, deren Liquidität und Priorität kein Bedenken erregte, verordnete, daß von dem Erlöse des belasteten Grundstücks der entsprechende Betrag einstweilen bei Gericht deponirt bleibe und wies die beiden Prätendenten an, ihren Streit um das Gläubigerrecht in einem besonderen Verfahren unter sich auszumachen. Bei Gelegenheit dieser Separatverhandlung, welche übrigens bis zur Spruchreife durchgeführt wurde, konnten die Parteien sich nicht darüber einigen, wer von beiden nun als Kläger, wer als Beklagter anzusehen sei. Der erste Richter erklärte den B. für den Kläger, da derselbe dem A. eine in dessen Person begründete Forderung abstreiten wolle, und legte ihm den Beweis auf, daß die unter dem Namen des A. ausgestellte Cessionsacte echt sei. Auf Appellation des B. glaubte der zweite Richter die Rechtsbeständigkeit der processualischen Behandlung dieses Streites beanstanden und deshalb die Entscheidung über die Appellationsbeschwerden auf die vorliegenden Acten ablehnen zu müssen, das Oberappellationsgericht erklärte indessen auf Querel beider Theile durch Bescheid vom 11. März 1867 diese Bedenken für unbegründet und bemerkte dazu:

Wenn rücksichtlich eines und desselben Obligationsverhältnisses, mehrere Personen, die einander als mitberechtigt nicht anerkennen, das Gläubigerrecht in Anspruch nehmen, so mag es immerhin zulässig sein, daß die Prätendenten den Streit sogleich unmittelbar unter sich ausmachen, indem Einer den Andern mit einer Präjudicialklage, uter creditor sit, bespricht; aber der einzig mögliche Weg, die Sache zum Austrag zu bringen, ist das gewiß nicht. Jeder Prätendent ist unzweifelhaft berechtigt, unbekümmert um die Uebrigen, die Schuldklage gegen den Debitor anzustellen. Es entsteht dann eine Mehrheit von Rechtsstreiten, die

zunächst von einander unabhängig sind; jeder Kläger hat zur Begründung seines Anspruches die Thatsachen, welche den Schuldgrund bilden, und aus denen er seine Activlegitimation herleitet, anzugeben und eventuell zu beweisen. Wenn der Beklagte seine Verbindlichkeit anerkennt, so braucht er dem Kläger, den er für den Berechtigten hält, nur gegen cautio defensum iri zu leisten; er kann auch vor Allen erst den Beweis der Activlegitimation erwarten, und sich inzwischen durch Deposition gegen die Folgen der mora solvendi schützen. In diesem Falle bleiben alle Processe formell gegen ihn gerichtet, werden aber, so fern sie bei demselben Gerichte anhängig sind, zweckmäßig zu einem Verfahren verbunden, und stellen sich dann äußerlich als ein einziger Rechtsstreit dar, den die mehreren Kläger, obwohl sie sämmtlich in dieser Parteirolle bleiben, unter sich über die Activlegitimation auf Kosten der Unterliegenden führen.

Im Concurse vertritt die Liquidation die Stelle der Klage. Ist die von Mehreren prostitirte Forderung streitlos, so hat jeder Prätendent dem Cridar und den creditorischen Stellvertretern gegenüber seine Berechtigung darzulegen, und das Concursgericht hat die Entscheidung zu treffen. Demgemäß ist im vorliegenden Falle verfahren. Nachdem beide Liquidanten gehört sind, ist der erstinstanzliche Bescheid auf völlig spruchreife Acten erfolgt. Das Verfahren leidet mithin so wenig an wesentlichen Mängeln, daß dasselbe nicht einmal als incorrect bezeichnet werden kann.

---

44. Cessio in securitatem. Wa 745/1884.

Im W.schen Concurse liquidirte N. den Betrag zweier für empfangene Darlehen vom Cridar ausgestellter eigner Wechsel, welche neben der üblichen hypothecarischen Clausel „(sub hypotheca bonorum)“ auch die Bemerkung enthielten,

daß der Aussteller seine Rechte aus der Stadtbuchschrift über eine bestimmte für ihn intabulirte Forderung seinem Wechselgläubiger zu dessen weiterer Sicherheit übertrage, dergestalt, daß derselbe zur freien Verfügung darüber insbesondere auch zur Cession berechtigt sein solle, um sich wegen Capitals, Zinsen und Kosten bezahlt zu machen, sobald der Wechsel zur Verfallzeit nicht eingelöst sein sollte. Da dieser Fall nun eingetreten war, hatte N. die ihm zu seiner Sicherung überwiesene stadtbuchschriftliche Forderung gekündigt und verlangte die concursgerichtliche Genehmigung zur Erhebung des Geldes, indem er sich bereit erklärte, den nach seiner vollen Befriedigung verbleibenden Rest an die Masse herauszugeben. Die creditorischen Stellvertreter widersprachen diesem Antrage, und forderten Auslieferung der Stadtbuchschrift um deren Erlös zur Masse zu ziehen und prioritätsmäßig zur Vertheilung zu bringen. Dem N. sei die Forderung in der That nur verpfändet, jedenfalls sei die Cession an eine Bedingung (Nichteinlösung der verfallenen Wechsel) geknüpft, welche erst eingetreten sei, nachdem der Cridar sich für insolvent erklärt hatte. Schon deshalb würde es unstatthaft sein den Eintritt der Bedingung auf den Zeitpunct des Vertragsabschlusses zurückzuziehen, überdies finde ein Retrotrahiren bei Bedingungen, deren Erfüllung von der Willkür des Schuldners abhange, nicht Statt und sei im vorliegenden Falle von den Contrahenten auch nicht beabsichtigt gewesen, da der Cridar berechtigt geblieben sei, die Zinsen des Intabulats zu erheben, so lange er mit Einlösung der Wechsel nicht im Verzuge sich befunden habe.

Dieser Streit wurde zu Gunsten des N. entschieden und das Oberappellationsgericht bemerkte zur Begründung seines bestätigenden Bescheides vom 1. Februar 1866:

Wenn auch die Hinterlegung der betreffenden Stadtbuchschrift und die Uebertragung der dem Cridar daraus zustehenden Rechte nach dem Inhalte der Uebertragungsacte und des dagegen ausgestellten Pfandscheins ausgesprochenermaßen nur zur Sicherheit des N. wegen der aus den

seinem Wollen, sondern eben so sehr auch von seinem Können ab und es liegt daher hier keinesweges eine Bedingung vor, welche wider den Willen des Schuldners nicht erfüllt werden kann, so daß es lediglich und allein von seinem Entschlusse abhängt, ob das von dem Eintritte der betreffenden Thatsache abhängige Rechtsverhältniß überhaupt zur Existenz gelangen soll oder nicht, und deshalb die rechtliche Wirksamkeit dieses Rechtsverhältnisses erst von dem Augenblicke des Eintritts dieser Thatsache datirt werden kann.

Auch würde daraus, daß der Schuldner bis zum Verfall der fraglichen Wechsel zur Zahlung der Zinsen an den Cridar berechtigt gewesen, keinesweges sich die Annahme ableiten lassen, daß im vorliegenden Falle nach übereinstimmender Absicht beider Contrahenten jegliche Rückbeziehung der für die Cession der Stadtbuchschrift aufgestellten Bedingung habe ausgeschlossen sein sollen, da es einmal bei bedingten Uebertragungsacten immer quaestio facti, und von der Bestimmung der Contrahenten abhängig ist, wer in der Zwischenzeit die Früchte des zu übertragenden Gegenstandes ziehen soll, sodann aber auch der Schuldner nach § 38, 3 der revidirten Stadtbuch-Ordnung, so lange ihm der Uebergang der stadtbuchschriftlichen Forderung auf einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht angezeigt war, die Zinsen an diesen mit befreiender Wirkung für sich zahlen konnte.

---

45. Ueber die Lösung einer Obligation durch gerichtliche Hinterlegung der Schuldsumme.

Oe 119/1866.

Der Eigenthümer eines Landgutes, auf welches ein unkündbares Fideicommißcapital radicirt ist, war nach dem Tode des bisherigen Fideicommißinhabers darüber zweifelhaft,

welchem Mitgliede der berechtigten Familie nunmehr der Zinsgenuß zustehe, da die Stiftungsurkunde die Successionsordnung in der That nicht klar und bestimmt genug vorschrieb. Er deponirte deshalb die fälligen Zinsen in der erklärten Absicht, damit seine Schuld zu lösen und dem Gerichte die Bestimmung zu überlassen, wer unter den mehreren Prätendenten der nunmehrige Gläubiger sei. Das Oberappellationsgericht erkannte aber dieser Deposition liberirende Wirkung nicht zu, sondern bemerkte in den Entscheidungsgründen zu dem Appellationsbescheide vom 22. November 1866:

Das Schuldverhältniß wird durch Hinterlegung nur aufgelöst, wenn diese für einen bestimmten Gläubiger, welcher die fällige Schuld nicht annehmen will, oder nicht gültig annehmen kann, oder abwesend ist, geschieht. Von derartigen Fällen sprechen namentlich l. 19. C. de usuris (4, 32) und l 9 C. de solutionibus (8, 43). Ganz anders steht es, wenn die Deposition geschieht, weil der Debitor Zweifel darüber hat, wer der Forderungsberechtigte sei. Das Gericht ist weder ermächtigt, noch verpflichtet, sich der Prüfung, in wie weit die demnächst sich Meldenden für legitimirt zu halten, selbständig zu unterziehen. Es bleibt dies Sache des Schuldners, gegen den die Prätendenten sich allein zu wenden und, wenn er ihre Legitimation bestreitet, zu klagen haben. Er kann die Prüfung nicht ablehnen mit Bezug auf die Deposition, sondern muß die Ausantwortung ausdrücklich bewilligen.

---

46. Ueber die Verpflichtung der Contrahenten in den verabredeten förmlichen Contract Puncte aufzunehmen, welche in der Punctation nicht enthalten sind. Ia 217/1862.

Ueber den Verkauf einer Büdnerei war eine Punctation aufgesetzt und der Abschluß eines förmlichen Contracts vor

dem Amtsgerichte vereinbart; es entstand jedoch unter den Contrahenten ein Streit darüber, ob Käufer eine auf dieser Büdnerei ruhende Verpflichtung zur Gewährung eines Alten-theils mit übernommen habe, und ob, wie Verkäufer verlangte, dies in die Contractsurkunde aufzunehmen sei. — Das vorige Erkenntniß fand dieß Verlangen des Verkäufers berechtigt, wenn er beweise, entweder daß der Käufer den Altentheil ausdrücklich mitübernommen, oder sich doch vor Vollziehung der Punctation von dem ganzen Umfange dieses Altentheils durch eigene Anschauung überzeugt habe.

Das Oberappellationsgericht strich jedoch in seinem Erkenntnisse vom 11. Juni 1867 die zweite Alternative aus nachstehenden Gründen.

1. Muß es auch anerkannt werden, daß die erhobene Klage in Beziehung auf die Ausreichlichkeit ihrer Begründung nach mehreren Seiten hin Stoff zu den verschiedensten Ausstellungen darbietet, so läßt sich doch bei dem Zusammenhange, in welchem dieselbe zu den darin in Bezug genommenen früheren unter den gleichen Parteien in den Jahren 1861 und 1863 verhandelten Processen, deren Acten jungirt worden sind, insofern steht, als danach der gegenwärtige Proceß gewissermaßen nur eine Fortsetzung jener früheren ist, soviel mit genügender Sicherheit erkennen, daß der eigentliche Kern und Schwerpunct des jetzt zu entscheidenden Rechtsstreits in der Frage liegt, ob der Beklagte verbunden ist, in den Contract, zu dessen förmlicher Ausfertigung in Grundlage der am 31. Mai 1861 abgeschlossenen Punctation in geeigneter Weise mitzuwirken, der Kläger ihn verurtheilt wissen will, diejenige bei dem Abschluß dieser Stipulation angeblich mündlich getroffene Nebenberedung mit aufnehmen zu lassen, durch welche er nach der Behauptung des Klägers diesem gegenüber sich ausdrücklich verpflichtet haben soll, den auf der verkauften Büdnerei damals ruhenden, den P.'schen Eheleuten zustehenden Altentheil mit zu übernehmen.
2. Zuvörderst darf nun mit der sententia a qua unbedenklich angenommen werden, daß der sogenannte Verkaufs-

contract vom 31. Mai 1861 seiner höchst unvollkommenen und mangelhaften Fassung ungeachtet, da die darin enthaltenen Bestimmungen alle wesentlichen Bedingungen eines Kaufcontracts erfüllen, als eine nach Maßgabe des § 2 der Verordnung vom 1. Juni 1847 an sich vollkommen rechtsverbindliche Punctation anzusehen ist, indem darin weder über diese Rechtsverbindlichkeit etwas anderes bestimmt, noch auch einer oder mehrere Puncte ausdrücklich einer künftigen weiteren Einigung vorbehalten sind. Ferner ist nach den dem gegenwärtigen Processe vorausgegangenen processualischen Verhandlungen, worüber die jungirten Acten aus den Jahren 1861 und 1863 Auskunft geben, als ausgemacht zu betrachten, daß durch die im § 2 dieser Punctation enthaltene Bestimmung beide Contrahenten sich verpflichteten, dieser vorläufigen schriftlichen Aufzeichnung des unter ihnen vereinbarten Contracts eine förmliche Ausfertigung in einer vor dem Amtsgerichte abzufassenden Urkunde nachfolgen zu lassen. Folglich hat jeder der beiden Contrahenten diesem nach ein klagbares Recht gegen den anderen auf Erfüllung der so übernommenen Verpflichtung zu dringen und dessen Mitwirkung für das Zustandekommen einer solchen förmlich ausgefertigten Contractsurkunde zu verlangen. Wäre demnach, wie die sententia a qua zutreffend hervorgehoben hat, die Klage zweifellos begründet, wenn Kläger nur verlangt hätte, daß der Contract lediglich in Grundlage der Bestimmungen der gedachten Anlage vollzogen werde, und verdient auch der vom Beklagten gegen die Fassung des Klagpetitums jetzt nach der Seite hin erhobene Einwand, daß die Anfertigung des förmlichen Contracts vor dem Amtsgericht in einem vom Kläger zu diesem Behuf auszubringenden Termine geschehen soll, keine Beachtung weiter, so handelt es sich, da der Beklagte wider die in der sententia a qua hinsichtlich der von ihm vorgeschützten Einreden getroffene Entscheidung keine Einwendungen machen zu wollen erklärt hat, nur noch um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen

das in rat. 1 erwähnte weiter gehende Verlangen des Klägers begründet ist.

3. Die sententia a qua hat dieß nämlich unter der Voraussetzung annehmen zu müssen geglaubt, daß entweder der Beklagte bei den über den fraglichen Kaufcontract am 31. Mai 1861 gepflogenen Verhandlungen außer den in die Punctation aufgenommenen Bedingungen den den P.'schen Eheleuten zu entrichtenden Altentheil ausdrücklich mitübernommen, oder doch vor Vollziehung der Punctation von dem ganzen Umfange des den P.'schen Eheleuten zu entrichtenden Altentheils sich durch eigene Anschauung überzeugt habe, indem sie zur Begründung des von dem Kläger in der fraglichen Beziehung erhobenen Verlangens schon das bloße Interesse genügend betrachtet, welches derselbe dabei habe, in den Contract eine Bestimmung eingeschaltet zu sehen, welche ihn gegen die etwaigen Regreßansprüche sichern, die der Käufer möglicher Weise auf Grund der Behauptung erheben könnte, daß er von dem Verkäufer vor oder bei Abschluß des Contracts mit der fraglichen Belastung des gekauften Grundstücks nicht bekannt gemacht sei.

4. Allein wie erwünscht es auch immerhin für den Verkäufer einer Sache sein mag, über den von ihm abgeschlossenen Contract eine Urkunde ausgestellt zu erhalten, durch welche der ganze Vorgang bis zum Abschlusse des Handels in solcher Weise festgestellt wird, daß er danach die begründete Erwartung hegen darf, gegen alle Weiterungen, welche etwa der Käufer wegen der Beschaffenheit des Kaufobjects oder aus anderen Gründen erheben könnte, im Voraus gesichert zu sein, so giebt ihm doch dieses Interesse allein überall noch kein Recht, von dem Käufer zu verlangen, daß der mündlich beredete Kaufcontract schriftlich abgefaßt werde. Ebenso kann er, wenn die Anfertigung eines schriftlichen Contracts in bindender Weise verabredet ist, die Aufnahme solcher sein Interesse sichernden Bestimmungen in denselben nur dann begehren, wenn dieselben einen Bestandtheil derjenigen mündlichen Beredungen selbst bilden,

in welchen der Abschluß des Handels sich vollzogen hat. Ist also im vorliegenden Falle wegen der Uebernahme des fraglichen Altentheils vor oder bei dem Abschlusse des Geschäfts nichts ausgemacht worden, so mag immerhin der Beklagte mit der auf der verkauften Büdnerei in dieser Beziehung ruhenden Last bekannt gewesen sein, dieß allein würde dem Kläger kein Recht geben, die Aufnahme einer Contractsclausel zu verlangen, durch welche derselbe sich zur Uebernahme dieser Last ausdrücklich verpflichtet erklärte, und war deshalb die zweite Alternative des vom Kläger auferlegten Beweises auf die vom Beklagten dawider erhobene Beschwerde zu streichen.

5. Bedarf aber hienach die Verpflichtung eines Contrahenten zur Vollziehung eines schriftlichen Contracts über einen mündlich abgeschlossenen Handel und dessen einzelne Bestimmungen stets noch einer besonderen Begründung, so kann diese im vorliegenden Falle allein darin gefunden werden, daß die Contrahenten, wie aus dem Inhalte der fraglichen Punctation sub 2 hervorgeht, einig darüber waren, daß über den von ihnen vereinbarten Handel, dessen bindender Abschluß selbst durch die von ihnen unterschriebene Punctation bereits festgestellt war, noch eine förmliche Urkunde vor dem Amtsgerichte aufgenommen werden sollte. Eine solche Urkunde soll den Beweis des geschlossenen Vertrages sichern, die vereinbarten Puncte in gehöriger Ordnung und Fassung wiedergeben, und erhält einen üblichen Eingang und Schluß. Es muß also als von den Parteien pactirt gelten, daß in die anzufertigende förmliche Beweisurkunde alle diejenigen Bestimmungen aufgenommen werden, worüber sie in bindender Weise übereingekommen waren. Dieß würde aber auch hinsichtlich der nach Behauptung des Klägers wegen Uebernahme des P.'schen Altentheils durch den Beklagten getroffenen Nebenberedung um deswillen der Fall gewesen sein, weil unser Recht die verbindende Kraft solcher Nebenberedungen, die neben einem schriftlich abgeschlossenen Contracte mündlich getroffen sind,

in keiner Weise ausschließt, und so der Umstand, daß die hier fragliche Vertragsbestimmung in den Inhalt der schriftlich aufgesetzten Punctation nicht mit aufgenommen worden ist, ihrer Geltung an sich nicht entgegensteht.

Daß der Altentheil in den Proceßacten nicht näher specificirt ist, macht die Aufnahme der Stipulation nicht unthunlich. Hat Beklagter die Last übernommen, so übernahm er den Altentheil, welcher in quali et quanto bestimmt ist, so, wie solcher den P.'schen Eheleuten gebührt, und es war seine Sache, sich, wenn er ungewiß, näher zu erkundigen. Demnach ist Kläger zu dem ersten Beweise der sententia a qua mit Recht gelassen.

---

47. Negotium mixtum cum donatione. To 281/₁₈₆₃.

Das Lehngut G. war den Gebrüdern X, als Lehnfolgern ihres Vaters zugefallen. Beide Brüder lebten im Auslande und ließen das Gut durch ihren Schwager Y, der als besoldeter Inspector in ihren Diensten stand, bewirthschaften. Dieser kaufte nach einiger Zeit zuerst dem einen Miteigenthümer dessen ideelle Gutshälfte ab und trat dann auch mit dem andern in Verkaufsunterhandlungen. Er äußerte den lebhaften Wunsch auf dem Gute, welches er nun schon so lange bewohnt und verwaltet habe, zu bleiben, gestand aber, daß er bei der Beschränktheit seiner Mittel nicht in der Lage sei den Preis zu bewilligen, den Andere voraussichtlich zahlen würden, nannte die Summe, welche er, ohne in Verlegenheit zu gerathen, höchstens geben könne und berechnete den Ausfall den X, durch Annahme dieser Offerte wahrscheinlich erleiden werde, auf 10,000 ℳ. X. suchte anfangs auszuweichen, gab aber auf vieles Zureden endlich nach, und überließ seinen Gutsantheil dem Y. für die gebotene Summe; doch wurde in dem schriftlichen Contracte besonders hervorgehoben, daß der Verkäufer sich mit einem so geringen Preise begnügt habe, weil er sich dem Käufer zu Dank verpflichtet fühle.

Dieses Geschäft wurde nach dem Tode beider Contrahenten von den X.schen Erben dem Sohne und Lehnsfolger des Y. gegenüber angefochten. Die Kläger geben an, wie viel das Gut zur Zeit des Handelsabschlusses werth gewesen sei, behaupten, daß ihr Erblasser, diesen Werth kennend, absichtlich zu wohlfeil verkauft habe, um die Differenz dem Vater des Beklagten zu schenken. Diese Schenkung sei, soweit sie den Betrag von 500 Solidi (1400 ℔) übersteige, und zwar nach ihrer Rechnung zu einer dem fünften Theile des Gutswerths gleichkommenden Summe nichtig. Sie forderten, abgesehen von Nebenleistungen, principaliter, daß Beklagter sie als Miteigenthümer zu $1/_5$ anerkenne, eventualiter, daß er ihnen das entsprechende Geldäquivalent zahle.

Der erste Richter wies die Klage angebrachter Maßen ab, indem er ausführte, die Behauptung, daß der klägerische Erblasser bei der Preisbestimmung die Absicht zu schenken gehabt habe, sei aus den dafür angeführten Thatsachen nicht sicher genug zu entnehmen. Auf Appellation der Kläger bestätigte das Oberappellationsgericht diese Entscheidung durch Erkenntniß vom 26. Januar 1866 aus folgenden, von der Motivirung des ersten Urtheils völlig abweichenden — Gründen:

1. — — — —

2. Die in den Parteivorträgen enthaltenen Rechtsausführungen gehen ebenso wie die dem vorigen Urtheile beigegebenen Entscheidungsgründe von der Voraussetzung aus, daß die für große Schenkungen geltenden Formvorschriften auch auf ein negotium mixtum cum donatione der nach der Klagbehauptung hier vorliegenden Art zu beziehen seien. Die Kläger bemühen sich daher, aus der dem Handelsabschlusse vorangegangenen Correspondenz und aus dem Inhalte der Vertragsurkunde darzulegen, daß das Geschäft rücksichtlich der Differenz zwischen dem bedungenen Kaufpreise und dem noch nachzuweisenden ihrem Erblasser sehr wohl bekannt gewesenen wahren Werthe des Gutes alle Merkmale einer Schenkung an sich trage, und der erste Richter hat die Klage nur deshalb angebrachter Maßen

abgewiesen, weil er diese Darlegung nicht schlüssig findet. Diese Entscheidung ist für die Kläger offenbar nicht beschwerend, wenn sich herausstellt, daß der libellirte Handel, auch unter vorausgesetzter Richtigkeit der von ihnen selbst gegebenen Analyse des zu Grunde liegenden Vertragswillens, zu seiner vollen Gültigkeit einer Insinuation nicht bedurfte.

3. Die Contrahenten haben das in Rede stehende Geschäft durch die Wortfassung der Vertragsurkunde nicht als ein aus Kauf und Schenkung gemischtes äußerlich hervortreten lassen, sie haben dasselbe vielmehr seinem ganzen Inhalte nach in der Rechtsform eines reinen Kaufs zu einem aus besonders angegebenen Gründen sehr niedrig bemessenen Preise abgeschlossen. Nach dem ausgesprochenen Vertragswillen sollte die dem Erblasser der Kläger gehörende Gutshälfte nicht bloß zu einem entsprechenden Theile, sondern ganz um den bedungenen Preis verkauft sein. Nun ist es feststehender Grundsatz, daß jedes nicht simulirte Rechtsgeschäft so aufgefaßt werden muß, wie die Betheiligten es gewollt haben, und dieser Wille manifestirt sich vorzugsweise durch die gewählte Rechtsform, sofern dieselbe nicht etwa mit dem Inhalte unverträglich ist. Eine solche Incompatibilität liegt hier nicht vor. Die Angemessenheit des Preises, dessen Bestimmung vielmehr durchaus dem Belieben der Contrahenten überlassen ist, gehört bekanntlich nicht zum Wesen des Kaufs, auch wird, abgesehen von dem Falle einer laesio enormis, ebensowenig dessen voller Rechtsbestand dadurch beeinträchtigt, daß die Waare zu billig weggegeben ist, wie denn endlich auch die dabei obwaltenden Motive für die rechtliche Beurtheilung des Geschäfts in der Regel ohne Einfluß sind. —

4. Gesetzt also, der klägerische Erblasser hätte dem Vater des Beklagten bewußter Weise das Gut zu einem dem Werthe nicht entsprechenden Preise, um welchen es ihm einem anderen Kaufliebhaber gegenüber nicht feil gewesen wäre, in der Absicht überlassen, seinem Schwager mit dem,

was er von Anderen mehr gefordert haben würde, ein Geschenk zu machen, so läge genau derselbe Rechtsfall vor, welchen Ulpian in l. 38 D. de C. E. (18, 1) mit den Worten entscheidet, si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet. Hiemit ist klar ausgesprochen, daß wenn Jemand eine Sache absichtlich zu wohlfeil verkauft, um dem Käufer bei dieser Gelegenheit einen Vermögensvortheil zuzuwenden, welcher, für sich genommen, unter den Begriff einer Schenkung fallen würde, doch für die juristische Betrachtung das ganze Geschäft ein wahrer Verkauf bleibt, ohne Rücksicht auf die eigenthümlichen Voraussetzungen, von denen zu Ulpian's Zeit nach der lex Cincia de donis et muneribus die Perfection einer Schenkung abhängig war. cfr. Vatican. fragm. § 310 ff. Die Contrahenten haben eben trotz der dabei obwaltenden liberalen Intention des Verkäufers doch das Geschäft seinem ganzen Inhalte nach allen Ernstes als einen reinen Kaufcontract angesehen wissen wollen, und dieser ihr Wille ist maßgebend, da die Schenkungsabsicht auch unter der Rechtsform einer wahren nudo consensu zu Stande kommenden, emtio venditio, deren Wesen durch die Unangemessenheit des Preises nicht alterirt wird, zu erreichen ist.

Schilling, Institutionen Thl. 2. S. 741 ff. insbesondere S. 788 Not. v.

Wenn freilich der ganze Kauf lediglich zur Realisirung einer beabsichtigten Schenkung geschlossen ist, erscheint, wie Ulpian weiter bemerkt, die gewählte Rechtsform bedeutungslos; es wird dann das Ganze als eine Schenkung behandelt, deren Betrag sich leicht ergiebt, indem man von dem Werthe der scheinbar verkauften Sache den der Gegenleistung abzieht. Der Verkäufer hat in diesem Falle das Object verschenken wollen und nur, um dies zu verdecken, einen Scheinpreis bedungen.

Ein solches Geschäft wird also für die rechtliche Beurtheilung nicht in seine Bestandtheile zerlegt, sondern in

seiner Totalität entweder als Kauf oder als Schenkung aufgefaßt.

cfr. L. 18 pr. D. de donat. (39, 5.)

Am Schlusse der L. 38 cit. wird noch besonders hervorgehoben, daß das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten allerdings auch dann Platz greife, wenn das Geschäft inter ceteros nach obigen Regeln als reiner Kauf gelten würde. In dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten ist jede in liberaler Absicht erfolgende Zuwendung schlechthin nichtig und es wird daher auch ein Verkauf um einen donationis causa zu niedrig gestellten Preis demgemäß behandelt.

L. 5 § 5 L. 31 § 3 D. de donat.int. v. et u. (24, 1.)

Ulpian giebt deutlich zu erkennen, daß darin eine zur Aufrechthaltung des strengen Schenkungsverbotes anerkannte Ausnahme von der Regel liege, wonach ein Kaufvertrag unter Personen, die einander ein Geschenk machen dürfen, darum nicht aufhört, seinem ganzen Inhalte nach als Kauf zu gelten, weil der Preis donandi animo ermäßigt ist.

5. In Anwendung dieser einfachen Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall kann es nicht zweifelhaft sein, daß der libellirte Handel nach Form und Inhalt nicht unter den rechtlichen Gesichtspunct der Schenkung, sondern des Kaufs zu stellen sei.

Die Entstehungsgeschichte des Vertrags zeigt, und die den Abschluß documentirende Urkunde bestätigt, daß die Intention der Contrahenten nicht auf eine unter dem Prätext eines Kaufes zu effectuirende Schenkung, sondern darauf gerichtet war, G. zur gänzlichen Auflösung der bis dahin bestandenen Rechtsgemeinschaft zu verkaufen. P. wünschte dieses von ihm seit vielen Jahren bewohnte und bewirthschaftete Gut zu behalten, also seinem Miteigenthümer dessen ideelle Hälfte abzukaufen, gestand aber, daß er so viel, wie Andere vielleicht, ja voraussichtlich bieten würden, nach seiner Vermögenslage nicht geben könne, und machte nun eine bestimmte Offerte. X. ging nach einigem Zögern

und Zureden hierauf ein, indem er nicht etwa den ihm angemessen scheinenden Preis angab und einen Nachlaß bewilligte, sondern indem er die Offerte unter Angabe der ihn dazu bestimmenden Motive schließlich einfach annahm. That er dies donationis causa, so wird nach Obigem das Wesen des abgeschlossenen Kaufs nicht berührt. In solcher Weise zu schenken ist nur den Ehegatten unter einander absolut verboten; dagegen ist die für andere Personen geltende Vorschrift, daß große Schenkungen bei Strafe der Nichtigkeit insinnirt werden müssen, hier schon deshalb nicht anwendbar, weil das Maß der in einem einfachen Kaufvertrage enthaltenen donatio sich gar nicht mit Bestimmtheit ermitteln läßt. Darüber entscheidet der gemeine Sachwerth nicht unbedingt, so fern es ja immer möglich bleibt, daß der Verkäufer die Sache geringer geschätzt hat, und daher, auch wenn er nichts verschenken wollte, um eine hinter dem Sachwerthe zurückbleibende unbestimmbare Summe verkauft haben würde.

6. Hienach und da die Praxis älterer und neuerer Zeit, so viel bekannt, kein Beispiel darbietet, daß je unter den hier gegebenen Voraussetzungen der volle Rechtsbestand des Geschäfts von einer Insinuation abhängig gemacht, oder die L. 34 C. de donat. (8, 54) zur Anwendung gebracht wäre, hat in der Hauptsache und der Kosten halber nur so, wie geschehen, erkannt werden können.

48. Aus einem gerichtlichen Depositum haftet das Gericht in der Regel für levis culpa. Le 570/1866.

In einem Falle, in welchem Nachlaßgelder von den Testamentsexecutoren bei Gericht deponirt und aus dem Depositenkasten mittels Einbruchs gestohlen waren, hatte schon das erste Erkenntniß ausgesprochen, daß das Gericht bei einem gerichtlichen Depositum für levis culpa hafte. Das Oberappellationsgericht bestätigte dies mittels Entscheidung vom

7. Mai 1866, und bemerkte, da die sententia a qua dies bereits ausführlicher begründet hatte, nur noch:

Zu diesem Resultate führt schon die Erwägung, daß alle Cassenbeamten in Bezug auf die ihrer Verwaltung anvertrauten Staats- oder Communalgelder für levis culpa haften, und daß es einen dolus involviren würde, wenn der Staat oder die Commüne bei der Aufbewahrung der bei ihnen auf Grund der ihnen zustehenden Gerichtsbarkeit deponirten Gegenstände geringere Sorgfalt verwenden wollten, als bei der Aufbewahrung ihrer eigenen. Ohnehin soll gerade die gerichtliche Deposition, für welche überdies die gesetzlichen Gebühren wahrgenommen werden, vermöge der den öffentlichen Behörden zur Seite stehenden Gewalt und Mittel den Betheiligten eine größere Sicherheit gewähren; und vollends kann die Verpflichtung, auch für levis culpa zu haften, in solchen Fällen nicht bezweifelt werden, wo, wie in concreto, das Gericht auf Grund allgemeiner gesetzlicher Vorschriften den Nachlaß eines Verstorbenen von Amtswegen sicherstellt. — Es ist daher für die Beurtheilung des vorliegenden Streits auch irrelevant, ob die Aufbewahrung der fraglichen Gelder durch die Ausstellung des Depositenscheins den Charakter eines wirklichen Depositum angenommen hat, weil das Waisengericht bis dahin, daß die Testamentsexecutoren sich zur Empfangnahme des Nachlasses legitimirt hatten, diesen und folglich auch die fraglichen Gelder unter seiner custodia zu behalten verpflichtet war, und die Ausstellung des Depositenscheins nicht füglich den Zweck und die Bedeutung haben konnte, den Umfang seiner Haftpflicht zu mindern.

49. Voraussetzungen für die Klagbarkeit einer Wette. Bu 1085/1865.
(S. Bd. 3. nr. 28.)

Als der Handelsmann B. mit dem Hauswirth H. über das Fell einer zu schlachtenden Kuh einen Handel zu machen suchte und dabei den derzeitigen Preis einer Kuhhaut zu „höchstens" 3 ₰ bis 3 ₰ 16 ß angab, mischte sich der Tagelöhner X. in das Gespräch mit der Bemerkung, der Hauswirth P. habe für eine solche Haut ganz kürzlich 4 ₰ erhalten. B. bestritt dieß, und erklärte, er wolle mit X. 100 ₰ wetten, daß derselbe Unrecht habe, oder im Irrthum sei. X. entschloß sich erst nach längerem Zureden, und nachdem B. ihm erklärt hatte, er brauche gegen die ausgesetzten 100 ₰ nur 10 ₰ zu halten, auf die Wette einzugehen. B. stellte sofort selbst die nöthigen Nachforschungen an, und mußte gestehen, daß X. Recht gehabt habe. Dieser klagte nun auf Zahlung der 100 ₰, Beklagter leugnete den Abschluß des Wettvertrags und bekämpfte eventuell dessen Klagbarkeit.

Der erste Richter wies die Klage ab, auf Appellation des Klägers wurde dieselbe aber als begründet anerkannt und der Vertragsabschluß zum Beweise verstellt. Das Oberappellationsgericht bestätigte dieses vom Beklagten angegriffene Urtheil durch Bescheid vom 8. Februar 1866.

Gründe.

Daß die Wette im vorliegenden Fall nicht bloß zum Zwecke der geselligen Unterhaltung, zum Scherz und zur Kurzweil eingegangen ist, geht insbesondere auch daraus hervor, daß nach der eigenen, mit den Ausführungen des Klägers übereinstimmenden, Angabe des Beklagten er dieselbe zu dem Ende offerirt hat, um auf diese Weise die ihm lästige Einmischung des Klägers in den von ihm gewünschten Handel, wodurch dessen für ihn vortheilhafter Abschluß gefährdet wurde, zu beseitigen; und da hienach er selbst es gewesen ist, welcher die Wette gesucht und, ungeachtet der anfänglichen Weigerung des Klägers, durch Anerbieten

diesem günstigerer Bedingungen ihn zu bestimmen gewußt hat sich auf dieselbe einzulassen, so läßt sich an der Ernstlichkeit des Willens, zu wetten und die Wettsumme an die Richtigkeit seiner Wettbehauptung zu wagen, um so weniger zweifeln, als er an deren Erhärtung ein reelles Interesse hatte. Daß er hiebei die Chancen für und wider nicht richtig erwogen, läßt auch nicht ohne Weiteres die Wette als eine übereilt und unüberlegt eingegangene erscheinen; und, wie er selbst nicht behauptet, von Seiten des Gegners betrüglicher Weise dadurch zur Eingehung der Wette verleitet zu sein, daß dieser ihm eine, in Wirklichkeit nicht vorhandene Ungewißheit über die Wettfrage vorgespiegelt habe, so hat er auch in keiner Weise darzulegen vermocht, daß die von beiden Seiten ausgesetzte Wettsumme zu den beiderseitigen Vermögensverhältnissen in einem solchen Mißverhältnisse stehe, daß die Geltendmachung der Wette von der einen oder der anderen Seite als unsittlich zu betrachten sein würde. Zur Begründung der Klage war es aber endlich um so mehr ausreichend, daß der Kläger sich für die zu seinen Gunsten ausgefallene Entscheidung der Wette auf des Beklagten Anerkenntniß der Richtigkeit der klägerischen Wettbehauptung bezog, als Beklagter auch jetzt noch diese überall nicht zu bestreiten versucht, gleichwie er auch von vorn herein dieselbe nicht bestritten hat.

50. Zur Lehre vom Anerkennungsvertrage.

Ga $534/_{1867}$.

Der Notar N. forderte von den Erben des Erbpächters G. zu W. die Zahlung eines Proxeneticums von 280 ℛ auf Grund folgender Thatsachen. Nachdem der Erblasser der Beklagten früher schon sich schriftlich verpflichtet gehabt habe, dem Kläger, wenn durch dessen Vermittlung das Erbpachtgut verkauft werde, ein Honorar von 1 % der Kaufsumme zu zahlen, seien beide am 7. November 1864 im M.'schen

Gasthofe zu L. zusammengetroffen, dort habe Kläger den Inspector P. als den von ihm angeschafften Käufer namhaft gemacht und der Erblasser der Beklagten habe darauf erklärt, daß er verpflichtet sei, das früher schon versprochene Honorar von 1 % des Kaufpreises zu bezahlen, wenn der Handel mit P. zu Stande komme. Diese Voraussetzung sei eingetreten, denn G. habe sein Gut für 28000 ₰ an P. verkauft und habe dann später noch einmal in Gegenwart von Zeugen dem Kläger die von diesem sofort acceptirte Zusicherung ertheilt, er werde das versprochene Honorar entrichten, sobald der Kaufpreis flüssig geworden sein werde. Die Beklagten geben zwar zu, daß ihr Erblasser das Gut an P. für 28000 ₰ verkauft habe, behaupten aber, nicht der Kläger, sondern der Rentier B. sei der Vermittler gewesen, auch sei das Geschäft noch vor der Zahlung des Preises, der also nie flüssig geworden sei, von den Contrahenten wieder rückgängig gemacht. Nach weiterer Verhandlung wurde die Klage angebrachter Maßen abgewiesen. Auf Appellation des Klägers erkannte jedoch der zweite Richter, daß die Klage begründet sei und forderte vom Kläger den Beweis entweder des ersten schriftlichen Honorarversprechens, oder der am 7. November 1864 mündlich getroffenen Abrede oder der nach Abschluß des Kaufhandels erklärten Anerkennung der Honorarschuld. Auf weitere Appellation der Beklagten beschränkte das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 26. August 1867 den Kläger auf den einen Beweis,

> daß er dem verstorbenen Erbpächter G. in der Person des Inspectors P. einen Käufer für das zu W. belegene Erbpachtgut des G. angeschafft,

und,

> als er demselben am 7. November 1864 im M.schen Gasthofe zu L. dieß mitgetheilt, dieser ihm für den Fall, daß das Kaufgeschäft mit dem Inspector P. zu Stande kommen werde, 1% des zu vereinbarenden Kaufpreises als Honorar zu zahlen versprochen, er, der Kläger, auch diese Zusage acceptirt habe.

Gründe:

1. Zwar ist der sententia a qua, gegenüber dem Erkenntnisse erster Instanz, darin beizupflichten, daß, wenn der verstorbene Erbpächter G. dem Kläger für den Fall, daß sein in W. belegenes Erbpachtgut durch den Kläger werde verkauft werden, ein Honorar von 1 % der Kaufsumme versprochen hatte, und der Kläger darauf hin nun wirklich einen Kaufliebhaber ermittelt und durch Benennung desselben seinen Auftraggeber in den Stand gesetzt hat, mit demselben über den beabsichtigten Verkauf in Verhandlung zu treten, der Kläger, wenn dieser Verkauf zu Stande kam, das verheißene Honorar in Anspruch nehmen kann, obwohl der Verkäufer sich seiner zur weiteren Vermittlung des Handels nicht bedient hat, sobald dieß nur nicht durch ihn selbst veranlaßt ist, was zu behaupten Sache der Vertheidigung gewesen wäre, und daß deshalb die Klage nicht so, wie durch die sententia I geschehen, angebrachter Maßen aus dem Grunde abgewiesen werden durfte, weil Kläger seinerseits es an der Behauptung habe ermangeln lassen, daß der demnächst abgeschlossene Verkauf der fraglichen Erbpachtstelle durch seine Vermittlung grade zum Abschluß gediehen sei, oder daß doch der Verkäufer diese seine weitere Vermittlung abgelehnt oder doloser Weise vereitelt habe.
2. Dagegen erheben sich nach verschiedenen anderen Seiten hin gegen die Richtigkeit der von der sententia a qua getroffenen Entscheidung nicht unerhebliche Bedenken.

Zuvörderst lassen die vorausgegangenen Verhandlungen es als zweifelhaft erscheinen, ob Kläger auch wirklich die drei von der sententia a qua ihm alternativ zum Beweise verstellten Thatsachen als eben so viele selbständige Klagfundamente hinzustellen beabsichtigt hat, und ob dieselben, falls dieß auch von ihm geschehen sein sollte, nach dem Zusammenhange, in welchem sie zu einander stehen, auch wirklich geeignet sind, in ausreichender Weise hiezu zu dienen.

Betrachtet man nämlich den Inhalt der Klage etwas genauer, so kann man sich nach der Fassung ihres Eingangs,

in welchem der Kläger die seine Honorarforderung begründenden Thatsachen vorträgt, zunächst des Eindrucks nicht erwehren, daß der Kläger auf das angeblich schriftlich von G. ihm für den Fall, daß das fragliche Erbpachtgut durch ihn werde verkauft werden, ertheilte Versprechen, sich nur zu dem Ende bezieht, um es aufzuklären, wie G. dazu gekommen, ihm gegenüber, als er demselben am 7. November 1864 in dem M.'schen Gasthause zu L. den Inspector P. als den von ihm verschafften Käufer seines Erbpachtguts namhaft gemacht, sich für verpflichtet zu erklären, ihm ein Honorar von 1 % der mit dem Käufer zu vereinbarenden Kaufgelder für den Fall der Zustandekunft dieses Handels zu zahlen.

3. Allerdings bedurfte es, wenn G. dem Kläger wirklich das fragliche Versprechen ertheilt, und Kläger darauf hin ihm den benannten Kaufliebhaber angeschafft hatte, zur Begründung dieser Verpflichtung jener Erklärung an sich nicht. Auch bezeichnet der Kläger dieselbe nur als eine Wiederholung der früher bereits ihm ertheilten Zusicherung, mit der er denn auch wiederholt sich einverstanden erklärt habe; und sucht sodann auch in diesem Sinne in seiner Replik, weil Beklagte seiner Meinung nach wegen der mangelhaften Beschaffenheit der darüber in ihrer Vernehmlassung abgegebenen Erklärung desselben als geständig anzusehen seien, jenes frühere Versprechen als das eigentlich entscheidende hinzustellen, so daß es, um mit seiner Klage durchzudringen, für ihn nur noch des Beweises der bestrittenen Thatsache bedürfe, daß er am 7. November 1864 den Inspector P. seinem Mandanten als den von ihm angeschafften Käufer des fraglichen Erbpachtgutes genannt habe. Allein in seiner Appellationsrechtfertigung voriger Instanz giebt er der Sache auf einmal eine völlig andere Wendung, indem er daselbst pag. 14—16 in Bekämpfung der sententia I. ausführt, „es sei wenig ersichtlich, wie das Vorgericht dazu gekommen sein möge, das lediglich ganz beiläufig klagend von ihm angeführte, einer weit früheren

Zeit angehörige von G. schriftlich abgegebene Honorarversprechen seiner Sachentscheidung grundleglich zu machen, da das Gericht nicht einmal Gelegenheit gefunden, über das ihm schriftlich gewordene Versprechen zu cognosciren," und im Anschluß hieran sodann weiter bemerkt: „daß er seine Klage principaliter habe fundiren wollen auf das mündlich ihm von dem Erblasser der Beklagten gelegentlich davon, daß er den P. als den Käufer seines Erbpachtstücks genannt, im M.'schen Gasthause zu L. gegebene Honorarversprechen, könne im Beihalt seiner Klage gar nicht zweifelhaft sein".

4. Ist nun auch Kläger zu dieser Schwenkung vielleicht nur dadurch veranlaßt, um auf diese Weise am einfachsten und wirksamsten den Folgerungen zu entgehen, welche die sententia I aus der Fassung des von ihm behaupteten ursprünglichen Versprechens nach der Seite hin gezogen hatte, daß er danach, um das ihm in Aussicht gestellte Honorar zu verdienen, zur vollständigen Vermittlung des Handels verpflichtet gewesen wäre, so ist er doch an der hier von ihm gegebenen ausdrücklichen und sehr bestimmt lautenden Erklärung über den wahren Sinn seiner Klage um so mehr festzuhalten, als diese Auslegung zugleich der Fassung derselben am besten entspricht, und als seine bei dieser Gelegenheit gemachte Aeußerung, daß das fragliche Versprechen einer weit früheren Zeit angehöre, den von den Beklagten in ihrer Duplik dawider erhobenen Einwurf, „die darauf bezüglichen Angaben der Klage seien viel zu allgemein und unbestimmt, als daß sie sich bestimmt und speciell über die behaupteten Thatsachen hätten erklären können, da über die Zeit und die näheren Umstände, unter denen diese Zusicherung ertheilt sein solle, nichts vorgebracht sei", insofern als begründet erscheinen läßt, als danach nicht zu ersehen ist, ob dieses frühere Versprechen nach der obwaltenden Sachlage für sich allein noch dem Kläger einen Anspruch auf das dadurch zugesicherte Honorar gewähren konnte, wenn jetzt, nachdem inzwischen eine lange Zeit verstrichen war, der

Kläger seinem früheren Mandanten etwa unerwarteter Weise noch die Gelegenheit verschaffte, einen Verkauf seiner Erbpachtstelle abschließen zu können, zumal, wenn dieß der Fall war, es jedenfalls für den Kläger am einfachsten gewesen wäre, seine Klage so zu begründen, wie es der Fassung des in der sententia a qua ihm auferlegten ersten Beweises entsprochen haben würde. Unter diesen Umständen mußte daher dieser erste Beweis auf die wider den ganzen Inhalt dieser Sentenz gerichtete Beschwerde der Beklagten gestrichen werden.

5. Dagegen ist die Bezugnahme des Klägers auf dieses frühere Versprechen insofern nicht ohne Bedeutung, als dadurch auf das bei der angeblichen Namhaftmachung des Käufers am 7. November 1864 im M.'schen Gasthause zu L. ihm seiner Behauptung nach von dem Erbpächter G. wiederholt ertheilte Versprechen ein sehr bestimmtes Licht fällt: denn eben dadurch, daß der Kläger dieses Versprechen unter Bezugnahme auf das frühere als ein wiederholtes Versprechen bezeichnet, giebt er zu erkennen, daß dieses Versprechen auf derselben Voraussetzung beruhte, unter welcher ihm das frühere, welches dadurch nur wiederholt ward, ertheilt worden war. Die Voraussetzung dieses früheren Versprechens war nun aber nach der vom Kläger selbst mitgetheilten Fassung desselben offenbar die, daß der Kläger selbst den Käufer anschaffte, wogegen es entschieden nicht als genügend betrachtet werden konnte, ihm einen Anspruch auf das verheißene Honorar zu gewähren, wenn er seinem Mandanten nur einen von Seiten einer anderen Mittelsperson bereits aufgesprochenen Käufer als Kaufliebhaber bezeichnete. Unter diesen Umständen erscheint es daher allerdings als einiger Maßen auffallend, daß Kläger, indem er sich auf dieses frühere Versprechen bezog und in Anknüpfung an dasselbe den seiner Klage principaliter zu Grunde gelegten Vorgang am 7. November 1864 im M.'schen Gasthause zu L. referirte, zur Begründung des erhobenen Anspruchs nicht etwa ausdrücklich behauptete,

daß er dem G. den P. als Käufer für dessen Erbpachtstelle angeschafft habe, sondern sich mit der immerhin zweideutigen Behauptung begnügte, daß er ihm denselben „als den von ihm verschafften Käufer der vorgedachten Erbpachtstelle genannt habe". Da aber der Kläger der Bestreitung der Beklagten in deren Vernehmlassung gegenüber, daß er den fraglichen Handel vermittelt, indem, so viel sie wüßten, der Rentier O. B. die Mittelsperson in demselben gewesen sei, an verschiedenen Stellen seiner Replik die Behauptung erhebt, daß er es gewesen, der den benannten Käufer angeschafft habe, und dieß, freilich nur in Beziehung auf das ursprüngliche Versprechen, als den Gegenstand des ihm obliegenden Beweises bezeichnet, eben so auch in seiner Appellationsrechtfertigung voriger Instanz der in der Duplik noch bestimmter formulirten Bestreitung seiner Vermittlung des Handels und der ausdrücklichen Behauptung der Beklagten gegenüber, daß der genannte Rentier O. B. nicht nur den Abschluß des Handels vermittelt, sondern auch den P. zuerst davon in Kenntniß gesetzt, daß das G.'sche Erbpachtgehöft verkäuflich sei, und ihn zur Anknüpfung von Kaufsverhandlungen veranlaßt habe, so wie gegenüber deren Rüge jenes unbestimmten Ausdrucks an dieser Behauptung festhält, und ausführt, daß in jener Ausführung der Klage, er habe dem Verkäufer den von ihm verschafften Käufer genannt, verständiger Weise nur die Behauptung gefunden werden könne, daß er die ihm aufgetragene Anschaffung des Käufers besorgt habe, also daß der P. als Käufer zu der fraglichen Erbpachtstelle von ihm aufgesucht und ermittelt worden, auch bereit gefunden sei, dieselbe zu kaufen, so liegt die Annahme nahe, daß der Kläger sich jenes zweideutigen Ausdrucks ursprünglich nur zu dem Ende bedient habe, um sich vielleicht eine günstigere Stellung in Beziehung auf die etwa nöthig werdende Beweisführung zu sichern, ist derselbe nach Maßgabe der später ihm zu Theil gewordenen Erläuterung zu verstehen, und kann sich nur noch fragen, welche Bedeutung der so behaupteten

und andererseits bestrittenen Thatsache für die abzugebende Entscheidung zukommt.

6. Erkennt nämlich freilich, wie schon bemerkt, der Kläger in Beziehung auf das angeblich früher ihm geleistete Versprechen es auch an, daß er diese Thatsache der Ableugnung der Beklagten gegenüber zu beweisen haben würde, so könnte man doch, wenn dieses in seiner selbständigen Bedeutung nicht weiter in Betracht kommt, und nur das spätere bei der geschehenen Namhaftmachung des Käufers von G. angeblich gemachte Versprechen als der Klage zu Grunde liegend betrachtet wird, zweifeln, ob das Gleiche auch hier der Fall sei.

Man könnte nämlich so argumentiren wollen, daß der G. dadurch, daß er nach der ihm geschehenen Benennung des Käufers dem Kläger ohne weiteres sich verpflichtet erklärte, ihm das früher zugesicherte Honorar von 1 % der Kaufsumme, wenn der Handel zu Stande komme, zu zahlen, es anerkannt habe, daß die Anschaffung des Käufers auch wirklich durch den Kläger geschehen und so, wenn er dieß später als irrig erkannte, sich auf diesen Irrthum nur in Gestalt einer Einrede berufen könne, daher auch zur Begründung dieses Einwandes seinerseits den Beweis übernehmen müsse, daß nicht der Kläger sondern ein Anderer es gewesen, welcher den Käufer angeschafft, und zugleich darlegen, daß der Irrthum, in welchem er sich in dieser Beziehung befunden, entschuldbar gewesen sei.

Wenn indessen Jemand einem Anderen auf dessen Versicherung hin, daß er ihm einen gewissen Dienst geleistet, eine Belohnung bestimmter Art als Gegenleistung verheißt, so würde es entschieden zu weit gehen, wollte man annehmen, daß in dieser Zusicherung zugleich eine Anerkennung der wirklich geschehenen Dienstleistung enthalten sei. Denn trauet auch zunächst der Versprechende der ihm dieserhalb gemachten Mittheilung, so ist doch deren Richtigkeit die sich von selbst verstehende Voraussetzung seines Versprechens, und dieses ist, worüber sich derjenige, welchem dasselbe

ertheilt worden ist, überall nicht täuschen kann, so zu verstehen, als wäre dabei ausdrücklich gesagt: „wenn du dies wirklich gethan hast, so verspreche ich dir dafür." Erfährt daher der Versprechende hinterher, daß es sich mit der behaupteten Dienstleistung nicht so, wie angegeben, verhält, oder hat er auch eine begründete Ursache, an der Wahrheit der bezüglichen Behauptung zu zweifeln, so ist er, so lange er seinerseits noch nicht die verheißene Gegenleistung gewährt hat, immer noch in der Lage, den Eintritt der sein Versprechen bedingenden Voraussetzung der auf die versprochene Belohnung gerichteten Anforderung des Anderen gegenüber durch bloßes Leugnen bestreiten und dieserhalb Beweis fordern zu können. Da nun vorliegenden Falls aus der Beziehung, in welcher das angeblich von dem Erblasser der Beklagten am 7. November 1864 bei der Nennung des Inspectors P. als Kaufliebhabers der fraglichen Erbpachtstelle dem Kläger geleistete Honorarversprechen zu dem angeblichen früheren Versprechen nach Klägers eigenem Vorbringen steht, sich klar ergiebt, daß dieses Versprechen nicht für die bloße Benennung eines Käufers gewährt ist, sondern zugleich auch dessen wirkliche Anschaffung zur Voraussetzung hatte, so war dem Kläger dieserhalb noch Beweis aufzuerlegen und mußte demnach der zweite im Uebrigen bei Bestand bleibende Beweissatz der sententia a qua, so, wie geschehen, verändert werden, woraus von selbst folgt, daß die entgegenstehende Behauptung der Beklagten, nicht der Kläger, sondern vielmehr der Rentier O. B. sei es gewesen, welcher den Inspector P. ihrem Erblasser als Käufer für seine Erbpachtstelle angeschafft habe, nicht den Gegenstand eines ihnen obliegenden Einredebeweises, sondern vielmehr des ihnen zustehenden directen Gegenbeweises bildet, und deshalb auch nicht besonders ihnen zum Beweise zu verstellen war.

7. Kläger hat aber weiter noch hervorgehoben, „daß in der zweiten Hälfte des Decembers 1864, am 21. oder 22. dieses Monats, der Erblasser der Beklagten zu D. auf dem

Erbpachtgehöfte des Erbpächters B. daselbst in Gegenwart dieses und des Erbpächters C. ihm auf sein desfalls an ihn gerichtetes Befragen eine von ihm damals angenommene Zusicherung ertheilt habe, er werde das ihm für den Verkauf seines Erbpachtguts versprochene Honorar ihm bezahlen, sobald die dafür vereinbarten Kaufgelder würden flüssig geworden sein", und die sententia a qua hat in der so behaupteten wiederholten Zusicherung ein als Constitutum debiti proprii zu betrachtendes selbständiges Schuldversprechen erkennen zu müssen geglaubt und deshalb dem Kläger noch einen besonderen Beweis dieserhalb alternativ frei gelassen.

So großen Schein aber auch diese Annahme auf den ersten Anblick um deswillen für sich hat, weil zu der Zeit, wo diese erneuerte Zusicherung ertheilt worden sein soll, der fragliche Verkauf unbestrittener Maßen bereits abgeschlossen war, und für die Auszahlung des angeblich versprochenen Honorars ein besonderer Zeitpunct darin festgesetzt sein würde, so hat doch das so behauptete Zahlungsversprechen nach dieser letzteren Seite hin, wie in der sententia a qua richtig ausgeführt ist, überall keine Bedeutung mehr, und verliert andererseits dadurch jeden rechtlichen Effect, weil es ohne nähere Bezeichnung der versprochenen Summe selbst sich nach der vom Kläger mitgetheilten Fassung einfach auf ein früheres Versprechen zurückbezog, daher auch Beklagte in ihrer Appellationserwiderung voriger Instanz mit Recht ihm jede selbständige Wirksamkeit abgesprochen haben. Damit es rechtlich überall Beachtung finden könnte, würde daher der Kläger zuvor noch dieses frühere Versprechen selbst, also sowohl, daß ihm versprochen worden, als auch, da ein Versprechen nur durch seinen Gegenstand Bedeutung empfängt, was ihm versprochen worden, beweisen müssen. Diesen letzteren Mangel sucht daher auch die sententia a qua dadurch zu ergänzen, daß sie den nach Angabe des Klägers früher versprochenen Betrag des Honorars von 1 % des Kaufpreises

demselben mit zu beweisen auferlegt. Allein dieß erscheint um deswillen unzulässig, weil dadurch das zum Beweise verstellte Versprechen in der That ein ganz anderes wird, als es nach der Fassung war, in welcher es nach der eigenen Angabe des Klägers ihm ertheilt ist, und war daher auch diese Beweisalternative auf die wider die sententia a qua gerichtete Beschwerde der Beklagten zu beseitigen, wogegen es allerdings dem Kläger unbenommen bleibt, diesen Vorgang, gleichwie auch das angeblich früher ihm ertheilte schriftliche Honorarversprechen zur Unterstützung des jetzt allein noch ihm offen gelassenen Beweises mit heranzuziehen und angemessen zu benutzen.

51. Zum SCtum Vellejanum. Pe 543/1865.

Die von der Wittwe P. auf Rückgabe eines Darlehns belangte Ehefrau F. leugnete den Empfang der Darlehnssumme nicht, behauptete aber, daß das Geld von der Klägerin nicht ihr, sondern ihrem jetzigen Ehemanne, mit dem sie damals verlobt gewesen, creditirt sei, indem sie nur als Botin das Darlehnsgesuch bestellt und das Geld zu der von ihr denn auch besorgten Ablieferung an ihren Bräutigam erhalten habe. Eventuell schützte sie die exceptio SCti Vellejani vor, da sie vor und bei Abschluß des Darlehnsvertrages der Klägerin ausdrücklich gesagt habe, daß die erbetenen 100 ℳ ihrem Bräutigam geliehen werden sollten. Diese Einrede wurde vom ersten Richter verworfen, auf ihre dagegen gerichtete Appellation wurde die Beklagte aber zu dem Beweise gelassen,

> daß die Klägerin vor oder bei Aufnahme des fraglichen Darlehns durch sie, die Beklagte, davon unterrichtet worden sei, daß die 100 ℳ für ihren, der Beklagten, derzeitigen Bräutigam, bestimmt seien.

Auf weitere Appellation der Klägerin änderte das Oberappellationsgericht durch Erkenntniß vom 16. October 1865 nur den Beweissatz dahin, daß statt der Worte „für ihren, der Beklagten, Bräutigam bestimmt seien" gesetzt wurde, „ihrem, der Beklagten, Bräutigam geliehen werden sollten". Dazu wurde in den Entscheidungsgründen bemerkt:

1. — — — — — — — — — — —

2. Die Fassung, welche dem fraglichen Einredenbeweise in der sententia a qua gegeben ist, entspricht dem exceptivischen Vorbringen der Beklagten nicht ganz, und bietet auf keinen Fall ein zur Begründung der vorgeschützten exceptio SCti Vellejani ausreichendes Material. Wenn die Beklagte, indem sie das Darlehn in eigenem Namen bloß mit der generellen Erklärung, das Geld sei für ihren jetzigen Ehemann „bestimmt", contrahirte, so gab sie sich damit noch nicht als Intercedentin zu erkennen, da es ja dann möglich blieb, daß sie das Geld ihrem damaligen Bräutigam schenken wollte, unter dieser Voraussetzung aber die Berufung auf das SCtum Vellejanum ausgeschlossen sein würde.

l. 4. § 1. D. h. tit. (16, 1).

Gesetzt indessen, sie hätte, wie sie behauptet, bei der Aufnahme des Darlehns erklärt, daß die 100 ℱ ihrem Bräutigam geliehen werden sollten, so würde sie durch den in Rede stehenden Einwand geschützt sein. Bekanntlich wird der Fall, wenn eine Frau statt Dessen, der wegen eines Darlehns mit einer bestimmten Person in Unterhandlung stand, vor der Perfection des Vertrages denselben für sich abschließt, und so Darlehnsschuldnerin wird, während das aufgenommene Geld dem Anderen zu Gute kommt, der Uebernahme einer schon vorhandenen fremden Schuld gleichgestellt und als Intercession behandelt.

l. 8 § 14 eod.

Im practischen Resultate und rücksichtlich der in l. 4. § 1 cit. angegebenen ratio legis ist es ja in der That auch einerlei, ob die Frau in einen bereits perfecten Vertrag expromittirend eintritt, oder ob sie durch vorzeitiges Eintreten

den Abschluß des zuerst intendirten Vertrages hindert. Der Leichtsinn, dessen schadende Folgen das Gesetz abwenden will, ist sogar noch größer und gefährlicher, wenn die Frau eine Schuld für Jemanden übernimmt, der für seine Person noch keinen Credit gefunden hat, als wenn sie in das Schuldverhältniß aus einem zu Stande gekommenen Darlehnsvertrage eintritt.

3. Nicht minder stark macht sich die ratio legis auch dann geltend, wenn der Darlehnssucher, ehe er mit einem Anderen in Unterhandlung getreten ist, die Frau direct um das Darlehn anspricht, und dieselbe veranlaßt, nun ihrerseits die nöthigen Mittel anderweitig anzuleihen. Hier tritt nur das Bedenken ein, daß der Creditgeber der Frau, der in den bisher besprochenen Fällen über deren Intention nicht zweifelhaft sein kann, möglicher Weise nicht erfährt, wozu das Geld verwendet werden soll, und dann annehmen darf, die Frau brauche dasselbe für sich; ist aber dieses Bedenken gehoben, weiß also der Gläubiger, daß das Geld weiter geliehen werden solle, daß demnach nicht die mit ihm contrahirende Frau, sondern ein Anderer das aufzunehmende Darlehn sucht, und die Frau **nur** in dessen Interesse thätig wird, so steht das Rechtsgeschäft dem in l. 8 § 14 cit, erörterten ganz gleich und ist als eine unter das Senatusconsult fallende Intercession zu behandeln. Dies ist in den ll. 11. 12 eod. tit. geradezu gesagt, und wird durch l. 17. pr., l. 27 pr l. 28 § 1 eod. bestätigt.

Windscheid, de valida mulierum intercessione pag. 15 f pag. 28 f.

Derselbe, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 32., nr, 12, 13,

Vangerow, Leitfaden § 581, Anm. 1, 2.

Girtanner, Bürgschaft Seite 335 f.

---

52. Zur Lehre von der Rückbürgschaft. Ha 861/$_{1861}$.

X. hatte auf Wechsel von der Lebensversicherungs- und Sparbank zu S. eine Summe geliehen und für diese Schuld eine Lebensversicherungspolice zur Sicherheit cedirt, auch den Kläger als Bürgen gestellt, welcher letztere sich von der Ehefrau des Schuldners Rückbürgschaft geben ließ. — Da der Schuldner nicht zahlte, entrichtete Kläger die Schuldsumme, und ließ den Wechsel auf sich indossiren. Die Herausgabe der Lebensversicherungspolice wurde dabei jedoch von der Bank bis zur Rückgabe des in den Händen des Schuldners befindlichen Pfandscheins verweigert, und erklärte der Kläger sich damit einverstanden, daß dieselbe dem Schuldner zurückgegeben werde. — Als er nun die Ehefrau aus der von ihr geleisteten Rückbürgschaft belangte, forderte diese neben der Herausgabe des indossirten Wechsels auch die Lebensversicherungspolice, welche, da der Schuldner inzwischen in Concurs verfallen und bald darauf verstorben war, von den Creditoren desselben als Theil der Debitmasse in Anspruch genommen ward; der Kläger war zwar zur Cession seiner Rechte auf die Police und zur Herausgabe des Wechsels bereit, hielt sich aber zu Mehrerem nicht verpflichtet.

Das vorige Erkenntniß wies die Klage angebrachter Maßen ab, und wurde dieß vom Oberappellationsgericht unterm 25. November 1867 aus folgenden Gründen bestätigt.

Die Versicherungspolice war der Lebensversicherungs- und Sparbank zur Sicherheit cedirt, und wenn der Wechsel auf den Appellanten indossirt wurde, so erwarb er damit, sobald nichts anderes ausgemacht ward, auch das Recht der Bank auf die Hinterlage. Auch war der Bank in dem Wechsel das Recht zur Cession der Hinterlage ausdrücklich eingeräumt, und stand die Thatsache, daß der von der Bank ausgestellte Pfandschein sich derzeit in den Händen des Hauptschuldners befand, der Cession nicht entgegen, weil aus dem Pfandscheine auf Rückgabe der Police nicht weiter geklagt werden konnte, wenn der Hauptschuldner am Verfalltage keine Zahlung geleistet, und die Bank in Folge

dessen von dem ihr eingeräumten Rechte Gebrauch gemacht hatte. Gesetzt aber auch, die Bank wäre befugt gewesen, die Police bis zur Rücklieferung des Pfandscheins zu retiniren; so war sie doch keinen Falls berechtigt, dieselbe ohne des Klägers Zustimmung an den Hauptschuldner zurückzugeben, vielmehr verpflichtet, dieselbe bis zur ausgemachten Sache für ihn zu asserviren.

Aus seinem Verhältniß zur Appellatin war er nun ohne Zweifel dieser gegenüber verpflichtet, ihr gegen die verheißene Schadloshaltung diejenigen Rechte, welche er aus der Einlösung des fraglichen Wechsels erwarb oder zu erwerben befugt war, abzutreten, und erkennt er dies auch in Bezug auf den Wechsel selbst an. Was in dieser Beziehung vom Wechsel gilt, muß aber auch unbedenklich auf die mit der Wechselforderung verbundenen und zur Sicherung derselben dienenden Rechte angewandt werden. — Wenn daher die Bank sich weigerte, die Police vor Rückgabe des Pfandscheins auszuliefern, so mochte er nicht verpflichtet sein, sich dieserhalb mit der Bank respective mit dem Schuldner auf einen Rechtsstreit einzulassen, sondern konnte der Appellatin in dieser Beziehung das Weitere überlassen. Wohl aber mußte er in einem solchen Falle die Rechte der Appellatin intact erhalten, insbesondere also gegen die Auslieferung der Police an den Schuldner protestiren, und, wenn er die Appellatin aus der Rückbürgschaft in Anspruch nahm, ihr entweder neben dem Wechsel auch die Hinterlage anbieten, oder darlegen, weshalb er hiezu nicht im Stande sei, und ihr seine Rechte an die Bank cediren. — Letzteres hat er nicht nur nicht gethan, sondern im Gegentheil der von der Appellatin aufgestellten und bescheinigten Behauptung, daß er der Bank gegenüber auf die Auslieferung der Police verzichtet, und in die Rückgabe derselben an den Schuldner gewilligt habe, nicht widersprochen.

Dabei kommt freilich noch in Betracht, daß das Recht aus der Police an die Fortsetzung der Zahlung der Prämien geknüpft war, und es mag zweifelhaft sein, ob er der Apellatin

gegenüber auch verpflichtet war, dies Recht durch Zahlung der Prämien aufrecht zu erhalten. Jedenfalls aber lag ihm in einem solchen Falle ob, die Appellatin davon, daß er seiner Seits zu dieser Prämienzahlung nicht geneigt sei, in Kenntniß zu setzen, und ihr das Behufige in dieser Beziehung zu überlassen.

53. Zum Art. 61 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Ko 1295/1867.

In einem zur oberstrichterlichen Entscheidung gelangten Rechtsstreite handelte es sich um die Frage, ob der Art. 61 des Handelsgesetzbuches auch auf technische Gehülfen eines Fabrikunternehmers zu beziehen sei. Der Beklagte war in der Maschinenfabrik des Klägers als Zeichner angestellt gewesen und daneben zu einzelnen Ingenieurarbeiten verwendet worden. Den bedungenen Lohn hatte er am Schlusse jeder Woche erhalten, über die Kündigung war nichts verabredet. Bei einem Wochenschlusse hatte der Beklagte erklärt, er verlasse nunmehr diesen Dienst, da er in einer andern Fabrik eine vortheilhaftere Stellung gefunden und bereits angenommen habe. Kläger forderte daher, nachdem er die sofortige Entlassung ohne Erfolg abgelehnt hatte, daß Beklagter verurtheilt werde, den Dienst bis zum Ablaufe der vorgeschriebenen Kündigungszeit fortzusetzen. Das Oberappellationsgericht erklärte diese in erster Instanz abgewiesene Klage in Uebereinstimmung mit dem in zweiter Instanz gesprochenen Urtheile für begründet durch Bescheid vom 23. Januar 1868, dem folgende Gründe beigegeben waren:

Wenn nach Art. 4 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuches anzusehen ist, wer gewerbemäßig Handelsgeschäfte betreibt, und nach Art. 272 die gewerbemäßig betriebene Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher

Sachen (cfr. Art. 271 nr. 1) für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht, als Handelsgeschäft gilt: so ist das Fabrikgeschäft des Klägers ohne Zweifel ein Handelsgewerbe, und dieser im Sinne des Gesetzbuches ein Kaufmann. Erwägt man daneben, daß unter der Ueberschrift „Vom Handelsstande" von den Kaufleuten in dem festgestellten Sinne, und von den Handlungsgehülfen mit alleiniger Ausbescheidung der Personen, welche bei dem Betriebe des Handelsgewerbes Gesindedienste verrichten, die Rede ist, so läßt es sich wohl vertheidigen, wenn man im Sinne des Gesetzbuches auch denjenigen einen Handlungsgehülfen nennt, welcher, ohne zum Gesinde zu gehören, in ein fremdes Etablissement der bezeichneten Art zur dauernden Hülfeleistung eintritt, unter dem Ausdrucke also Alle begreift, die in dem Gewerbe, welches nach Art. 4 und 271, 272 den Kaufmann darstellt, ihm contractlich ständige Dienste zu leisten haben. Dann aber ist der Appellant, welcher als erster Zeichner und Vorstand des Zeichnen-Bureau, respective zu Ingenieur-Arbeiten, in der Maschinenfabrik des Klägers angestellt war, unzweifelhaft als Gehülfe des letzteren in dessen Fabrikgeschäfte zu betrachten. Kann es nun auch als sicher nicht gelten, daß das Handelsgesetzbuch, abweichend von dem Sprachgebrauche, den Ausdruck in solchem weiten Sinne genommen hat, so zeigen doch die gedruckten Commissions-Protocolle, daß eine Aufstellung des Begriffes von Handlungsgehülfen vermieden ist, um — vergl. Seite 95 Thl. I der Ausgabe von Lutz — der Anwendung der getroffenen Bestimmungen auf gleiche Verhältnisse Raum zu lassen, und ist namentlich hervorgehoben, daß diejenigen Gehülfen in einer Fabrik, welche kaufmännische Dienste verrichten, wie auch die Benennung derselben sei, unter den fraglichen Titel fallen. Der Appellant stand aber mit den Gehülfen im kaufmännischen Betriebe des Appellaten auf gleicher Stufe, und erlaubte insbesondere die Anstellung für dauernde Arbeiten

keinem Theile die einseitige sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses. In Ermangelung anderweitiger Bestimmungen ist demnach auf das Dienstverhältniß zwischen ihm und seinem Principale der Art. 61 des Handelsgesetzbuches zur Anwendung zu bringen, und durfte er daher nur mit Ablauf des Kalenderquartals, in welchem er sechs Wochen vorher gekündigt hatte, seinen Dienst einseitig verlassen.

---

54. Zur Lehre vom Commissionshandel.
Me 738/₁₈₆₆.

X. & Co. zu Berlin hatten vom Beklagten Auftrag erhalten, für ihn 300 Wispel Roggen per September/October zu kaufen, und zeigten dem Beklagten die Ausführung dieses Auftrags mit dem Bemerken an, daß sie nach den Usancen und Schlußbedingungen der Berliner Börse unter ihrem del credere gekauft hätten, so daß sie ihm als Verkäufer gegenüber träten. — Nach Angabe der Kläger hat bei einem solchen Geschäfte der Verkäufer den Lieferungstag innerhalb des bezeichneten Zeitraums zu bestimmen, und schrieben sie daher am 24. August an den Beklagten, daß die Kündigungen (Verlangen der Abnahme) in den nächsten Tagen voraussichtlich sehr stark sein würden, sie könnten nicht mit Sicherheit bestimmen, ob sie im Stande sein würden, den Roggen einige Tage zu halten, und bäten daher um baldigste Mittheilung, ob Beklagter im Falle der Kündigung den Roggen verkauft haben oder temporisiren wolle, erhielten darauf jedoch keine Antwort. Am 4. September schrieben sie darauf weiter, daß ihnen die 300 Wispel gekündigt seien, sie jedoch beim Mangel einer Disposition von Seiten des Beklagten eine Prolongation der Kündigung bis zum folgenden Tage bewirkt hätten, und morgen an der Börse den Roggen für des Beklagten Rechnung verkaufen würden. Nach dem Postenlauf muß Beklagter diesen Brief am 5. September Morgens erhalten

haben, so daß er bis zur Börsenzeit noch telegraphisch Ordre hätte ertheilen können. Da keine Antwort einging, so zeigten Kläger dem Beklagten an, daß sie unter ihrem del credere verkauft hätten, so daß sie ihm als Käufer gegenüber träten, und begehrten unter Beilegung einer Abrechnung über den Ein- und Verkauf den Betrag ihres Guthabens.

Die Klage ward angebrachtermaßen abgewiesen und dies unterm 12. März 1866 aus nachstehenden Gründen bestätigt:

Da sie dem Beklagten die Person, mit welcher sie den Handel über die Roggen-Lieferung per September/October v. J. abgeschlossen, überall nicht namhaft gemacht, vielmehr ihrer eigenen Angabe nach bei der Anzeige über die Ausführung des Auftrags dem Beklagten erklärt haben, daß sie ihm als Verkäufer gegenüber träten, so lag es ihnen, als solchen, ob, die nöthige Kündigung dem Beklagten zu eröffnen. Ihr Schreiben vom 24. August spricht nur von zu erwartenden Kündigungen, und der Brief vom 4. Sept. enthält Nichts weiter, als daß ihnen die 300 Wispel, welche sie in Folge des beklagtischen Auftrags eingekauft, zum folgenden Tage gekündigt seien, und daß sie beim Mangel einer Disposition beklagtischer Seits für dessen Rechnung den Roggen an morgiger Börse verkaufen müßten. Für eine Kündigung ihrer Seits kann dies nicht geachtet werden. Sollte sie aber auch darin liegen, so versteht sich doch von selbst, daß der Verkäufer, in dessen Belieben die Bestimmung des Lieferungstages innerhalb einer fest bestimmten Frist steht, damit so zeitig hervortreten muß, daß der Käufer zur Einhaltung des Tags die nöthige Vorkehr treffen kann. Sind beide Contrahenten an demselben Orte, so mag eine Kündigung früh Morgens für denselben Tag geschehen können. Ist aber inter absentes contrahirt, so muß der Lieferungstag, obschon der Käufer täglich der Lieferung gewärtig sein muß, doch wenigstens so weit hinausgerückt werden, daß er auf gewöhnlichem Wege Antwort geben kann. Das war hier, wie die Kläger selbst nicht verkennen, unthunlich. Der Art. 357 des deutschen

Handelsgesetzbuchs konnte daher hierauf hin gegen den Beklagten nicht anwendlich werden, und eben so wenig passen hier die Art. 343 und 366.

---

55. Ueber die Geltung und Bedeutung der Bestimmung in Art. 5. Tit. I. der hanseatischen Schiffsordnung von 1614. Cfr. Bd. 1. nr. 25.

Der genannte Artikel bestimmt: „Zu Erbauung der Schiffe sollen die Freunde und Rheder sowohl auch der Schiffer nicht bemächtigt sein, einige Materialien oder Victualien von dem Ihren herauszugeben und in Rechnung zu bringen, es sei denn, daß die übrigen Freunde und Rheder alle darein gewilligt. Thäten sie darüber, sollen ihnen die andern zur Zahlung nicht gehalten sein." —

Dieser Bestimmung ungeachtet kommt es in Rostock sehr viel vor, daß diejenigen Handwerker, welche einen Antheil im Schiffe haben, die in ihr Fach einschlagenden Gegenstände und Arbeiten liefern, ohne daß dieserhalb die Einwilligung der übrigen Rheder eingeholt wird. Ein großer Theil der Rhedereigesellschaften, deren gewöhnliche Entstehung bereits Bd. 1. S. 62 beschrieben ist, kommt nur dadurch zu Stande, daß Handwerker in dieser Erwartung einen bestimmten Antheil im Schiffe zeichnen, und diese Betheiligung der Handwerker hat unstreitig wesentlich dazu beigetragen, der Rostocker Rhederei ihre gegenwärtige Ausdehnung zu geben. In neuerer Zeit ist diese Art des Schiffsbaues jedoch nicht selten als ein mit den Vorschriften der hanseatischen Schiffsordnung von 1614 in Widerspruch stehender und von dieser mit Recht verpönter Mißbrauch bezeichnet worden, der dahin führe, den Bau der Schiffe übermäßig zu vertheuern, nnd dadurch die Rhederei zu einem unproductiven Gewerbe zu machen, während von der andern Seite dagegen behauptet wird, daß die Lieferanten schon vermöge ihres Antheils im Schiffe ein

Interesse daran hätten, gute und preiswürdige Waare zu liefern, der höhere Preis durch die größere Solidität und Brauchbarkeit der gelieferten Gegenstände bedingt und ausgeglichen werde, und die obige Bestimmung der hanseatischen Schiffsordnung in desuetudinem gekommen sei.

Das Rostocker Obergericht nahm dies letztere an, das Oberappellationsgericht inhärirte in einer Entscheidung vom 20. Mai 1867 seiner früheren Ansicht, daß von der Partei, welche sich auf desuetudo beriefe, der Beweis derselben gefordert werden müsse, sprach jedoch in dieser Entscheidung so wie in einem anderen Erkenntnisse vom 23. Mai 1867 zugleich aus, daß die Vorschrift in Art. 5 Tit. I. der hanseatischen Schiffsordnung nur auf die Erbauung und erste Ausrüstung der Schiffe, nicht aber auch auf spätere Ausrhedungen zu beziehen sei, und daß die übrigen Rheder nur dann zur Verweigerung der Zahlung berechtigt seien, wenn sie zugleich bereit sind das Gelieferte zurückzugeben.

Die Gründe dieser Entscheidungen lauten:

a. Bo $1041/_{1864}$. 1. Das erste Erkenntniß hat aus den in rat. 4 desselben ausgeführten Gründen angenommen, daß der Art. 5. Tit I. der hanseatischen Schiffsordnung von 1614 in desuetudinem gekommen sei. Allein wenn die Existenz und Notorietät der hier bezeugten Thatsachen auch unbedenklich zugestanden werden können, so folgt daraus doch jene desuetudo noch keinesweges ohne Weiteres. — Die fragliche Vorschrift der hanseatischen Schiffsordnung verbietet Lieferungen zum Bau des Schiffes von Seiten einzelner Mitrheder keinesweges unbedingt, sondern verlangt zu ihrer Gültigkeit nur die Einwilligung sämmtlicher Rheder. Die in den Gründen des ersten Erkenntnisses bezeugte allgemeine Praxis steht daher, wenn und so weit sie auf der wirklichen oder präsumirten Einwilligung der übrigen Mitrheder beruht, und diese sich ein solches Verfahren gefallen zu lassen pflegen, mit der gedachten Vorschrift noch nicht nothwendig in Widerspruch; vielmehr würde ein solcher Widerspruch erst dann eintreten, und darauf die Annahme

der desuetudo gegründet werden können, wenn zugleich feststände, daß da, wo Mitrheder ihre Zustimmung versagt haben, hierauf keine Rücksicht genommen ist, oder die allgemeine Ueberzeugung sich gebildet hätte, daß einzelnen Rhedern gar nicht das Recht des Widerspruchs gegen solche Lieferungen zustände, und solche Widersprüche daher aus diesem Grunde seit langer Zeit nicht vorgekommen wären. Daß Letzteres der Fall gewesen, wird auch von dem hiesigen Obergerichte nicht direct bezeugt, sondern nur aus der Allgemeinheit jener Praxis geschlossen, und überdies ist diese Allgemeinheit vom Kläger bestritten, und dagegen geltend gemacht, daß noch in neuester Zeit mehrfach Schiffe gebaut worden seien, bei denen Lieferungen von Seiten der Mitrheder grundsätzlich ausgeschlossen worden. — Daß und warum die Vorschrift der hanseatischen Schiffsordnung unter den jetzigen Rhedereiverhältnissen unanwendlich geworden sei, und geradezu als ein absolutes Verbot wirken würde, ist nicht zu erkennen. Es kann immerhin zugestanden werden, daß ein großer Theil der hiesigen Rheder sich beim Bau der Schiffe nur in der Erwartung betheiligt, daß ihnen Lieferungen für das Schiff übertragen werden, so wie daß der Sporn, der hierin für die betreffenden Handwerker liegt, sich bei der Bildung einer Rhedereigesellschaft zu betheiligen, wesentlich dazu beigetragen hat, der hiesigen Rhederei ihren gegenwärtigen Umfang zu verschaffen, und daß daher ein absolutes Verbot solcher Lieferungen von Seiten der Mitrheder sowohl für das hiesige Rhedereiwesen, als auch für den Betrieb der beim Schiffsbau betheiligten Gewerbe die nachtheiligsten Folgen haben würde. Allein die hanseatische Schiffsordnung von 1614 enthält auch, wie gesagt, ein solches absolutes Verbot nicht, sondern verlangt nur die Einwilligung aller Rheder dazu, und sichert gerade dadurch gegen die Gefahr, daß die Lieferanten ihre doppelte Stellung zur Uebervortheilung der Gesellschaft mißbrauchen, indem sie dieselben nöthigt, durch Lieferung guter und preiswürdiger Gegenstände sich

jene Einwilligung zu sichern. Es liegt nämlich gar kein Grund vor, warum die Rhedereigesellschaft nicht den einzelnen Rhedern die für das Schiff erforderlichen Lieferungen zuwenden sollte, wenn diese die Gegenstände eben so gut und billig liefern, als andere, im Gegentheil gewährt das Interesse, welches die Lieferanten als Mitrheder des Schiffes haben, unter übrigens gleichen Verhältnissen noch eine größere Garantie für die Güte der gelieferten Gegenstände. Ein Grund zur Versagung ihrer Zustimmung tritt für die einzelnen Rheder erst ein, wenn sie Ursache haben, zu fürchten, daß die fraglichen Mitrheder sich durch ihre Betheiligung an der Rhederei nicht bloß einen erlaubten und billigen Verdienst, sondern einen unerlaubten Privatvortheil verschaffen wollen; und dieser Gefahr sollte durch die hanseatische Schiffsordnung vorgebeugt werden. — Daß diese Gefahr unter den gegenwärtigen Verhältnissen nicht mehr bestehe und daß daher der Grund der fraglichen Vorschrift weggefallen sei, wird um so weniger behauptet werden können, als auch der Art. 180 des Handelsgesetzbuches eine Vorschrift enthält, welche einer solchen Gefahr für den dort bezeichneten Fall begegnen soll. Anderer Seits aber konnte sich, wenn und so lange die Rheder, welche Lieferungen für das Schiff beschaffen, dies nicht mißbrauchen, die im ersten Erkenntnisse bezeugte Praxis sehr wohl bilden, ohne daß die Geltung jener Vorschrift in Zweifel gezogen wäre, weil bei der Art und Weise, wie der Rhedereibetrieb sich gestaltete, die große Mehrheit der Rheder kein Interesse hatte, sich dagegen aufzulehnen. Die Correspondentrheder, Schiffsbaumeister und Handwerker, welche gewöhnlich den Stamm der Gesellschaft bilden und derselben in der Erwartung beitreten, daß sie die betreffenden Lieferungen für das Schiff, resp. die Correspondentrhederschaft erhalten, waren schon im eigenen Interesse zu der erforderlichen Einwilligung geneigt. Die Freunde und Verwandten des Schiffers, welche diesem zur Führung eines Schiffes verhelfen wollen, hatten gleichfalls kein Motiv ihre Einwilligung zu ver-

sagen, weil dadurch in vielen Fällen das ganze Unternehmen würde gefährdet worden sein. Diejenigen endlich, welche ohne Nebenrücksichten, lediglich in Rechnung auf die aus dem Schifffahrtsbetriebe zu erzielende Dividende mit einem Antheile an dem Schiffe sich betheiligen, konnten gleichfalls nur in seltenen Fällen ein Interesse haben, Widerspruch dagegen zu erheben. Denn diese, und namentlich die auswärtigen Rheder, welche sich um das Detail des Betriebes nicht kümmern können, traten und treten einer Rhederei in der Regel überhaupt nur bei, wenn sie zu den Mitrhedern und namentlich zu den das Unternehmen leitenden Personen Vertrauen besitzen. Sie hatten also, wenn sie dies Vertrauen besaßen, und voraussetzten, daß die Mitrheder die Bedürfnisse eben so gut und billig lieferten, oder daß die vielleicht etwas höheren Preise durch die bessere Qualität der Waare ausgeglichen werde, auch keinen Grund, der üblich gewordenen Lieferung von Seiten einzelner Mitrheder zu widersprechen; und wenn daher von Seiten solcher Rheder bisher selten oder niemals Widerspruch erhoben sein sollte, so würde sich dies auch aus dem Umstande erklären lassen, daß diejenigen, welche den übrigen Mitrhedern nicht das entsprechende Vertrauen schenkten, und daher zu einem Widerspruch geneigt gewesen sein möchten, es in der Regel vorzogen, sich bei dem Unternehmen überhaupt nicht zu betheiligen, oder doch von einem Widerspruche abstanden, weil sie sich selbst sagen mußten, daß derselbe bei der einmal bestehenden Ueblichkeit voraussichtlich zu einer Auflösung der ganzen Gesellschaft und Reconstituirung derselben ohne sie führen würde. — Die im ersten Erkenntnisse bezeugte Praxis konnte sich unter diesen Umständen auch dann bilden, wenn die einzelnen Rheder sich ihres Widerspruchsrechtes bewußt waren, und offensichtliche Mißbräuche nicht hervortraten. Aus ihr allein kann mithin noch nicht ohne Weiteres der Schluß darauf gezogen werden, daß die fragliche Vorschrift der hanseatischen

Schiffsordnung allgemein als außer Geltung gekommen betrachtet worden sei.

Eben so wenig läßt sich die zur Begründung eines Gewohnheitsrechts erforderliche opinio necessitatis daraus herleiten, daß die Mitrheder, welche Waaren ohne Einholung des speciellen Consenses aller übrigen Mitrheder lieferten, dabei in Folge der bestehenden Ueblichkeit der Ueberzeugung gewesen seien, daß solches rechtlich statthaft sei, und daß ihnen rechtlich dafür auch Zahlung von der gesammten Rhederei gebühre, so wie, daß ihnen diese Zahlung bisher auch stets geworden, und Fälle, in denen solche Zahlung mit Rechtseffect verweigert seien, nicht bekannt geworden. — Eines Theils nämlich enthält, wie bereits hervorgehoben, die hanseatische Schiffsordnung ein absolutes Verbot solcher Lieferungen nicht, und es ist in derselben auch die vorherige Einholung des Consenses in jedem einzelnen Falle wenigstens nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Die Lieferanten konnten daher, auch wenn sie sich der Geltung dieser Bestimmung vollkommen bewußt waren, nichts desto weniger solche Lieferungeu recht gut in der Voraussetzung der Einwilligung der übrigen Rheder machen; und je allgemeiner diese Art des Schiffsbaubetriebes wurde, ohne daß einzelne Mitrheder dagegen Widerspruch erhoben, um so mehr und allgemeiner befestigte sich auch begreiflicher Weise die, auf den in rat. 1. erörterten factischen Verhältnissen beruhende Erwartung, daß kein Mitrheder dagegen Widerspruch erheben werde. Die fragliche Ueberzeugung der liefernden Mitrheder konnte daher sehr wohl auf der von ihnen vorausgesetzten Einwilligung der übrigen Rheder beruhen, ohne daß sie daneben das diesen nach der hanseatischen Schiffsordnung zustehende Widerspruchsrecht als durch eine constante Gewohnheit aufgehoben anzusehen brauchten. — Anderen Theils ist auch die Ueberzeugung derjenigen Rheder, welche ohne Consens der übrigen Mitrheder Gegenstände geliefert haben, daß ihnen die Zahlung dafür nicht verweigert werden könne,

nach der hanseatischen Schiffsordnung keineswegs ganz unbegründet. Die fragliche Vorschrift im Art. 5 Tit. 1 derselben kann nämlich nur dahin verstanden werden, daß die ohne Consens der übrigen Rheder abgeschlossenen Lieferungsverträge nichtig, und daher die ersteren zur Zahlung nicht gehalten sein sollen. Daß den Rhedern, welche zum Bau eines Schiffes etwas geliefert haben, auch das Recht, das von ihnen Gelieferte in einem solchen Falle zu condiciren abgesprochen sein solle, ist darin nicht gesagt; und die übrigen Rheder sind daher nur dann zur Verweigerung der Zahlung berechtigt, wenn sie zugleich bereit sind, das Gelieferte zurückzugeben. Es steht daher den einzelnen Mitrhedern auch nicht frei, später zu einer Zeit, wo die gelieferten Gegenstände bereits längst in Empfang genommen und verbraucht resp. durch den Gebrauch deteriorirt sind, und eine Rückgabe also nicht mehr statthaft ist, den Lieferungsvertrag aus dem Grunde, weil ihre Einwilligung zu demselben nicht eingeholt worden, anzufechten; vielmehr können sie sich in einem solchen Falle nur an den Schiffer, resp. an den Correspondentrheder halten, die dadurch, daß sie, ohne ihre Einwilligung einzuholen, die Zahlung beschaften, allerdings ihre Befugnisse überschritten, und dieserhalb den betreffenden Rhedern verhaftet bleiben. Von dieser Verhaftung aber können sie sich durch den Nachweis befreien, daß die Preise dem Werthe der gelieferten Gegenstände angemessen waren, weil in diesem Falle die Zahlung dem Interesse der betreffenden Rheder entsprach, und diese dadurch keinen Nachtheil erlitten haben. — Es ist daher auch eine unbegründete Besorgniß, daß aus einer Anerkennung der noch fortdauernden Geltung der hanseatischen Schiffsordnung für den hiesigen Rhedereibetrieb bedenkliche Nachtheile entspringen würden. Einer Seits nämlich steht es dem Schiffer und dem Correspondentrheder unbedenklich frei, durch eine Bemerkung in der Missive gleich von vorn herein den Consens der übrigen Mitrheder einzuholen und zu bedingen, und es ist, wenn die Ausführungen des Be-

klagten über die Zweckmäßigkeit des üblichen Verfahrens begründet sind, nicht zu besorgen, daß dadurch andere Rheder von der Betheiligung an der Rhedereigesellschaft abgeschreckt werden. Anderer Seits werden der Schiffer und resp. der Correspondentrheder, wenn sie vor der Zahlung an die liefernden Rheder die Tüchtigkeit und Preiswürdigkeit der gelieferten Waaren gewissenhaft prüfen und bei Ablegung ihrer Rechnungen den Nachweis dieser Preiswürdigkeit liefern, auch schon dadurch gegen spätere chicaneuse Ansprüche genügend gesichert.

3. Es würde daher, wenn die fragliche Bestimmung der hanseatischen Schiffsordnung in dem vorliegenden Falle überhaupt zur Anwendung käme, von dem Beklagten der Beweis der von ihm behaupteten desuetudo zu fordern, ihm aber daneben alternativ der Beweis der Preiswürdigkeit der gelieferten Gegenstände freizulassen sein. Der Art 5. Tit. I. der hanseatischen Schiffsordnung von 1614 spricht jedoch überhaupt nur von der Erbauung und ersten Ausrüstung des Schiffes, und es ist diese Vorschrift in dem von der Ausrhedung der Schiffe handelnden Tit. V. nicht erwähnt, vielmehr hier im Art. 1 nur die davon unabhängige und bereits im Art. 4 der Schiffsordnung von 1591 enthaltene Bestimmung des Art. 6. Tit. I. wiederholt und in Bezug genommen. Es könnte mithin nur die Frage sein, ob jene Bestimmung auch analog auf spätere Ausrhedungen, beziehungsweise auf spätere Reparaturen und Ergänzungen abgängig gewordener Gegenstände anzuwenden sei, und dafür geltend gemacht werden, daß in der hanseatischen Schiffsordnung von 1591, wo die Bestimmung über die Ausrhedung der Schiffe im Art. 5 unmittelbar an die Vorschriften über den Schiffsbau sich anschließt, die Erbauung und Ausrhedung gleich behandelt werden. Die Schiffsordnung von 1614 aber befolgt eine andere Ordnung, und enthält über die Ausrhedung der Schiffe einen besonderen Abschnitt; und wenn hier nur die Vorschrift des Art. 6., nicht aber auch die des Art. 5.

Tit. I wiederholt wird, so muß danach angenommen werden, daß die für die Erbauung der Schiffe erlassene neue Bestimmung im Art. 5. auch nur für die Erbauung und die in die Baurechnung gehörige erste Ausrhedung hat gelten sollen.

b. De $331/_{1862}$. — Der Art. 5. Tit I. des hanseatischen Seerechts bezieht sich seiner wörtlichen Fassung und seinem gesammten Inhalte nach unmittelbar nur auf den Fall der ersten Erbauung des Schiffes.

Wie der mit dieser Bestimmung in genauestem Zusammenhange stehende Art. 4. der älteren hanseatischen Schiffsordnung von 1591 zeigt, hatte es sich nämlich als ein Uebelstand bemerklich gemacht, daß einzelne Rheder, statt ihren Antheil an dem aufzubringenden Baucapital baar zu entrichten, sich dieserhalb mit dem Schiffer, welcher nach den in beiden Schiffsordnungen vorausgehenden Artikeln als der eigentliche Bauherr oder doch als der Leiter des Baues gedacht wird, dadurch abzufinden suchten, daß sie in Anrechnung auf den von ihnen zu leistenden baaren Beitrag zu beliebig hohen Anschlägen Materialien zum Bau oder Victualien zur ersten Ausrhedung des Schiffes leisteten, ein Verfahren, welchem nachzugeben, der Schiffer selbst, dem Alles an dem von ihm beabsichtigten Unternehmen lag, leicht geneigt sein konnte.

Um nun der hiervon zu befürchtenden Uebervortheilung der übrigen Rheder durch einzelne ihrer Genossen zu begegnen, verordnete der Art. 4. der älteren Schiffsordnung von 1591 zunächst, daß zur Ueberwachung des Baues dem Schiffer einer oder zwei der Schiffsfreunde zugeordnet würden, welche in Gemeinschaft mit ihm den Bau leiten und die dazu, wie zur ersten Ausrhedung des Schiffes erforderlichen Materialien und Victualien möglichst billig anzuschaffen, die bezüglichen Verträge möglichst vortheilhaft für die Rhederei abzuschließen suchen, und alles in solcher Weise in Rechnung bringen sollten, daß sich bei der Prüfung der Baurechnung ein richtiges Urtheil über die zweck-

mäßige Leitung des Baues und die Angemessenheit der für die angeschafften Gegenstände gezahlten Preise gewinnen ließ. Wo die Baucommission gegen die dafür geforderten oder angelegten Preise kein Bedenken hatte, blieb es aber dem einzelnen Rheder noch immer gestattet, auf seinen Antheil an der Bausumme Waaren der fraglichen Art zuzulegen und in Anrechnung zu bringen.

Es war aber von diesem Verfahren nicht bloß eine Uebervortheilung der baares Geld legenden Rheder zu fürchten, sondern dasselbe widersprach auch in so fern den Grundsätzen des Societätscontracts, dessen Gründung bei dem Bau des Schiffes noch in Frage steht, als auf diese Weise die Einlagen, welche jeder Gesellschafter nach Maßgabe seines Societätsantheils zu leisten hatte, sich verschieden gestalteten, während in Ermangelung einer entgegenstehenden Verabredung die Voraussetzung bei Eingehung der Societät die ist, daß alle Gesellschafter zu gleichen und gleichartigen Beiträgen gehalten sind.

Dieser gedoppelten Unzuträglichkeit zu begegnen, ward daher bei der später im Jahre 1614 stattgefundenen Revision und Umarbeitung dieser älteren Schiffsordnung in dem Art. 5. Tit. I. der neuen auch der verordneten Baucommission die Befugniß zur Abschließung derartiger Verträge, wodurch einzelne Rheder in Anrechnung auf ihren Antheil an der Bausumme statt baaren Geldes Materialien oder Victualien von dem Ihren herauszugeben suchten, entzogen und deren Geltung davon abhängig gemacht, daß sämmtliche übrigen Freunde und Rheder darin willigten, widrigenfalls sie den Betreffenden zur Zahlung nicht gehalten sein sollten.

Daneben wurde die weitere Bestimmung des Art. 4 der älteren Schiffsordnung, daß dem Schiffer zur Leitung des Baues und Ueberwachung der dazu erforderlichen Ankäufe aus der Mitte der Rheder eine oder zwei Personen zugeordnet werden sollten, in dem Art. 6. Tit. I. der neuen Schiffsordnung nicht nur beibehalten, sondern auch noch

durch die weitere ausdrückliche Bestimmung verschärft, oder näher präcisirt, daß, was der Schiffer ohne dieser ihm zugeordneten Schiffsfreunde Willen gekauft, die übrigen Rheder außer ihm zu bezahlen nicht schuldig seien, also die einseitig von ihm dieserhalb geschlossenen und von den ihm zugeordneten Schiffsfreunden auch nicht etwa hinterher genehmigten Verträge nichtig, d. h. für die Rhederei nicht verbindend sein sollten.

Ueber die Frage dagegen, wie es bei späteren Ausrüstungen und Ausrhedungen des bereits vollendeten und in See gesetzt gewesenen Schiffes zu halten, auf welchen Fall sich in allgemeinerer Weise die Art. 8. des älteren und Art. 4. Tit. I. des neueren Seerechts beziehen, welche die Befugniß des Schiffers in dieser Hinsicht bestimmen, findet sich hier nichts gesagt. Die bezügliche Vorschrift findet sich vielmehr in Art. 1 Tit. V. des neueren Gesetzes, und wird darin in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem Art. 5. des älteren verordnet, daß, damit alles, was zum Behuf der Reise vonnöthen, „mit Vortheil eingekauft werde, die Freunde ein oder zwo Personen ihres mittels dem Schiffer zuzuordnen schuldig sein sollen, Inmassen hievor von Erbauung der Schiffe verordnet bei derselben Poen, so daselbst ausgedruckt".

Fragt man nun aber, welches die aus dem Tit. I. „Von der Erbauung der Schiffe" hier in Bezug genommene Bestimmung ist, so zeigt sich sofort, daß dies nicht die des Art. 5. sein kann, welche nichts Bezügliches enthält, sondern nur die des Art. 6., welche soeben erwähnt ist, und für die Anschaffung des zur ersten Erbauung des Schiffes nöthigen Materials ein ganz gleiches Verfahren verordnet, und, indem sie eine Geldstrafe für die Zuwiderhandelnden festsetzt, zugleich die Nichtigkeit der ohne Zustimmung der ihm zugeordneten Schiffsfreunde von dem Schiffer abgeschlossenen Käufe vorschreibt.

Davon dagegen, daß von den so zur Ausrüstung des Schiffes bevollmächtigten Personen solche Käufe mit keinem

der Mitrheder sollten abgeschlossen werden können, vielmehr zu deren Gültigkeit auch die Zustimmung sämmtlicher übrigen Schiffsfreunde in jedem einzelnen Falle erforderlich sein solle, findet sich hier kein Wort gesagt, und es würde auch eine solche Ausschließung der Rheder von sämmtlichen für die spätere Ausrüstung und Ausrhedung des Schiffes erforderlichen Lieferungen und die darin liegende Zurücksetzung derselben gegen Dritte um so unerklärlicher, und eine analoge Ausdehnung der Bestimmung des Art. 5. Tit. I. um so weniger gerechtfertigt sein, als durch solche Leistungen, die gegen fest beredete oder marktgängige Preise bedungen werden, die rechtliche Gleichheit der Gesellschafter in ihrem Verhältnisse zu einander in keiner Weise verletzt wird. Auf solche spätere Lieferungen für Schiffszwecke von Seiten einzelner Rheder ist daher auch die Bestimmung des Art. 5. Tit. I. überall nicht zu beziehen.

Ist aber auch der Art. 5. Tit. I., gleichwie die im Art. 1. V. in Bezug genommene Bestimmung des Art. 6. I. des Seerechts von 1614 so gefaßt, daß, wo denselben zuwider gehandelt, die dadurch verletzten Rheder den Betreffenden „zur Zahlung nicht gehalten sein", oder „was der Schiffer ohn der Freunde Willen gekauft, zu bezahlen nicht schuldig sein sollen", so ist dadurch doch nur die Unverbindlichkeit der ihnen zuwider abgeschlossenen und nicht etwa von Seiten der betreffenden Betheiligten nachträglich noch genehmigten und dadurch geheilten Verträge ausgesprochen. Keineswegs dagegen liegt darin zugleich der weitere Ausspruch enthalten, daß derjenige, welcher auf Grund solcher unverbindlichen Abmachungen und Verträge bereits etwas geleistet hat, was ihm in natura nicht mehr zurückerstattet werden kann, auch so weit diese Leistung der Rhederei wirklich zu gut gekommen ist, gleichsam zur Strafe für seine Nichtachtung dieser Bestimmungen, überall keinen Anspruch auf Ersatz des Geleisteten haben soll. Vielmehr greift hier der in unserem gemeinen Rechte in zahlreichen Anwendungen sich findende Rechtssatz ein, daß auch da, wo

ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft aus irgend einem Grunde nicht zu Recht besteht, doch derjenige, welcher dieses Geschäft als solches nicht wider sich gelten zu lassen braucht, wenn ihm auf Grund desselben etwas geleistet ist, aus demselben wegen dieser Leistung so weit in Anspruch genommen werden kann, als er widrigenfalls zum Nachtheil des anderen Contrahenten, also mit dessen Schaden sich bereichern würde, ein Grundsatz, welcher unbedenklich auch da zur Anwendung gebracht wird, wo die Ungültigkeit des betreffenden Geschäfts auf der fehlenden Mitwirkung oder Zustimmung eines Dritten beruht, dem in Beziehung auf dessen Eingehung eine bestimmte Entscheidungsbefugniß zustand, wie unter anderen die l. 5 pr. § 1 D. de auctor. et cons. tut. etc. (26, 8); l. 1 § 15 D. depositi (16, 3); l. 13 § 1, l. 14 D. de cond. indeb. (12, 6); l. 4 § 4. D. de doli exc. (44, 4); l. 13 D. de reb. eor. qui sub tutela etc. (27, 9); § 2 J. quib. alienare non licet (2, 8); l. 10, l. 14, l. 16. C. de praediis et aliis reb. etc. (5, 71) zeigen.

Vgl. auch Heise und Cropp, Abhandlungen Bd. I. S. 455 n. 19.

---

56. Ueber die rechtliche Stellung des Correspondentrheders zum Schiffer und Beider zur Rhederei.

De $331/_{1862}$.

Hierüber enthalten die Entscheidungsgründe zu dem Appellationserkenntnisse vom 23. Mai 1867 folgende Ausführungen:

1. — Die Bestellung eines Correspondentrheders von Seiten einer Rhedereigesellschaft hat zunächst nur den Zweck, eine einheitliche, stetig fortlaufende Verwaltung derjenigen Geschäfte zu ermöglichen, welche der Rhedereibetrieb mit sich

bringt, und einen ständigen Vertreter der Rhederei für alle diejenigen Fälle aufzustellen, in welchen durch die in diesem Betriebe vorkommenden Ereignisse ein unmittelbar in die Außenwelt eingreifendes Handeln erfordert wird, da eine solche Verwaltung und ein solches Handeln von der Gesellschaft in ihrer Gesammtheit nicht füglich geübt werden kann, welche auch abgesehen davon, daß vielleicht eine Mehrzahl ihrer Mitglieder überall kein selbständiges Verständniß dieser Angelegenheiten hat, schon nach ihrer Zusammensetzung hiezu unfähig ist und selbst, wo es die Fassung von Beschlüssen nach vorgängiger Berathung gilt, häufig nicht ohne Schwierigkeit und Zeitverlust zu einer Versammlung vereinigt werden, oder auf andere Weise hiezu veranlaßt und in den Stand gesetzt werden kann. Ungeachtet des ihm vielfach beigelegten Namens eines „dirigirenden Rheders" ist daher der Correspondentrheder, rechtlich betrachtet, nicht sowohl das Haupt der Rhedereigesellschaft, als vielmehr nur deren Geschäftsführer, und die Befugnisse, wie die Pflichten, welche ihm der Rhederei gegenüber für seine Person und im Verhältniß zu Dritten zustehen und obliegen, bestimmen sich theils durch die etwa ausdrücklich ihm ertheilte Vollmacht, theils durch die Natur und den Zweck der ihm gestellten Aufgabe und die Auffassung, welche für deren Inhalt und Begrenzung in der Verkehrswelt überhaupt oder an dem besondern Handelsplatze, welcher als der Sitz der Rhederei zu betrachten ist, in maßgebender Weise herrschend geworden ist. Wo hienach seine Befugniß im einzelnen Falle begrenzt erscheint, hat er bei vorkommender Veranlassung seine Committenten von dem Erforderlichen in Kenntniß zu setzen, deren Willen über das, was unter den obwaltenden Umständen geschehen soll, zu erkunden, den Beschluß derselben in geeigneter Weise herbeizuführen und das Beschlossene demnächst in Ausführung zu bringen. Als eine besondere Aufgabe von hervorragender Bedeutung liegt ihm aber stets die Verwaltung der Rhedereicasse gleichwie die Besorgung der

Geldangelegenheiten der Rhederei ob, und hat er demgemäß die Verpflichtung, durch eine geordnete Buchführung seinen Rhedern einzeln, wie in deren Gesammtheit nicht nur jeden Augenblick eine klare Einsicht in den Stand des ganzen Geschäfts zu ermöglichen, sondern auch in angemessenen Zeitabschnitten, oder wo bestimmte Unternehmungen zu äußeren Abschluß gediehen sind, ihnen eine vollständige Rechnung über die Ergebnisse des ganzen Rhederei- und Schifffahrtsbetriebes abzulegen, daher er auch in einzelnen Seerechten den Namen des „Buchhalters" führt.

2. — Gleich dem Correspondentrheder wird auch der Schiffer von der Rhederei angestellt, und ist deren unmittelbarer Bediensteter, sowie in den seiner Verwaltung anvertrauten Angelegenheiten deren Geschäftsführer, nimmt als solcher eine durchaus selbständige Stellung ein, nicht bloß in Beziehung auf die eigentliche Führung des Schiffes, sondern auch in Beziehung auf die mercantilen Aufgaben des Schifffahrtsbetriebes, und hat als solcher auch in einem sehr ausgedehnten Umfange die Befugniß, mit Rücksicht auf die aus diesem Betriebe sich ergebenden Bedürfnisse und Anforderungen selbständig Geschäfte einzugehen, wodurch die Rhederei Dritten gegenüber verpflichtet wird, ohne daß diese Verpflichtung im einzelnen Falle hinsichtlich ihres Eintritts stets genau von dem Inhalt der ihm durch seine Rhederei ertheilten Instruction oder Vollmacht, so wie davon abhängig wäre, ob die Rhederei etwa wegen deren Ueberschreitung oder wegen Hintansetzung und Vernachlässigung der ihm gegen sie obliegenden Verpflichtungen ihn zur Verantwortung ziehen kann.

Durch das Vorhandensein eines ständigen Correspondentrheders hat diese Stellung des Schiffers der Rhederei gegenüber nur insofern eine Veränderung erfahren, als dieser die Mittelsperson bildet, wodurch der Verkehr des Schiffers mit der Rhederei gewissermaßen hindurch geht, derselbe demnach von ihm seine besonderen Aufgaben und die für deren Lösung erforderlichen Instructionen zugewiesen erhält,

sich in allen Fällen, in welchem ihm vermöge seiner Vollmacht oder nach bestehendem Seerecht die Befugniß selbständigen Handelns versagt ist, oder auch er sich nicht selbständig zu handeln getraut, an ihn zu wenden und mit ihm zu Rathe zu gehen hat, endlich auch durch ihn die nöthigen Geldmittel zur Bestreitung der für das Schiff erforderlichen Ausgaben empfängt, und so auch umgekehrt an ihn die Ueberschüsse der von ihm vereinnahmten Frachtgelder einzusenden und ihm zunächst über die Verwendung der ihm von der Rhederei zugegangenen, wie für dieselbe vereinnahmten Gelder Rechnung abzulegen und durch die mit ihm geführte Correspondenz seine Rhederei in fortlaufender Kenntniß über den Ausfall seiner Unternehmungen und den Stand seiner Geschäftsführung zu erhalten hat.

Steht aber auch insofern der Schiffer unter der speciellen Direction des Correspondentrheders, welcher nach dieser Seite hin auch „Schiffsdirector" oder „Schiffsdisponent" genannt wird, und folgt auch daraus, daß der Schiffer seine Anstellung nicht von den einzelnen Rhedern als solchen, sondern von deren Gesammtheit erhalten hat, schon für das ältere Seerecht der durch das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch Art. 460 Abs. 4 mit voller Schärfe ausgesprochene Satz, daß der Schiffer in allen Schiffsangelegenheiten sich nur an die Anweisung des Correspondentrheders und nicht auch an die etwaigen Anweisungen der einzelnen Mitrheder zu halten hat, weil nur jener als Vertreter der Gesammtheit ihm gegenüber steht und außerdem eine einheitliche Leitung des Rhedereibetriebes unmöglich wäre, ist endlich auch in dem gleichen Sinne dieses Gesetzbuch so weit gegangen, dem Correspondentrheder gerade die Befugniß zur Anstellung und Entlassung des Schiffers zuzuweisen, Art. 460 Abs. 4, nur daß er nach Art. 463 Abs. 2 hierzu vorher die Beschlüsse der Rhederei einholen muß: so erscheint doch in allen diesen Beziehungen der Correspondentrheder dem Schiffer gegen-

über wieder nur als der Vertreter der Rhederei, und es würde deshalb eine ganz verfehlte Schlußfolgerung sein, wenn man hiernach den Schiffer als ein bloßes Werkzeug in der Hand des Correspondentrheders betrachten und diesen deshalb auch in aller und jeder Weise für das Verhalten des Schiffers der Rhederei gegenüber verantwortlich machen wollte. Vielmehr nimmt der Schiffer, so weit ihm der Rhederei gegenüber eine selbständige Stellung, eine selbständige Handlungsbefugniß und Machtsphäre unter eigener Verantwortlichkeit eingeräumt ist, eine solche auch dem Correspondentrheder gegenüber ein, und wenn auch beide auf einen bestimmten Grad zu gemeinsamem Handeln angewiesen sind, und dem Correspondentrheder der Rhederei gegenüber in einem gewissen Umfange die Verpflichtung obliegt, den Schiffer zu überwachen, so kann doch auch aus diesem Grunde denselben für die Handlungen des Schiffers nur in sofern eine Verantwortlichkeit treffen, als er es im einzelnen Falle an dieser Mitwirkung und Ueberwachung, obwohl solche nach der obwaltenden Sachlage ihm möglich gewesen wäre, seinerseits schuldvoller Weise hat fehlen lassen.

Soweit der Schiffer selbständig zu handeln befugt war, oder selbständig gehandelt hat, ohne daß ihn der Correspondentrheder daran zu hindern vermochte, hat daher auch nur Jener das Geschehene der Rhederei gegenüber zu verantworten, und wenn gleich dem Correspondentrheder, als dem Geschäftsführer der Rhederei hier wieder die Aufgabe zufällt, ihn zur Rechenschaft zu ziehen und die dadurch erzielten Ergebnisse der Rhederei vorzulegen, so steht doch deren Prüfung und Entscheidung über die Gutheißung oder Verwerfung des Geschehenen, wie über die Frage, ob dieserhalb der Schiffer zur Verantwortung zu ziehen, dieser letzteren in so durchaus selbständiger Weise zu, daß der Correspondentrheder, sobald er übrigens hierbei nichts versehen hat, in keiner Weise schon darum allein von den Rhedern zur Verantwortung gezogen werden kann, daß er seinerseits etwa hinsichtlich der Beurtheilung der fraglichen

Thatsachen von anderen Ansichten ausgegangen ist, oder einen andern Standpunct eingenommen hat, als diese.

3. — Haben also hiernach Beide, der Correspondentrheder und der Schiffer, wiewohl auf dem gemeinsamen Gebiete des Rhedereibetriebes, jeder für sich eine besondere Aufgabe zu lösen, und eine in gewissem Umfange selbständige Verwaltung zu führen, so ergiebt sich hieraus, — — — daß auch Jeder von ihnen über die Ergebnisse der von ihm geführten Verwaltung und die in Ausübung derselben gehabten Einnahmen und Ausgaben selbständig Rechenschaft zu geben und Rechnung abzulegen hat, und daß beide Rechnungen, obwohl sie in vielfacher Hinsicht in genauester Wechselbeziehung zu einander stehen, und sich gegenseitig erläutern und justificiren, doch, wie sie in formeller Hinsicht auseinandertreten, so auch in ihrem Inhalt keinesweges zusammenfallen und in Beziehung auf die Prüfung ihrer Ansätze, gleichwie hinsichtlich der daraus für die Berechtigungen und Verpflichtungen jedes Einzelnen von ihnen der Rhederei gegenüber sich ergebenden Consequenzen einer völlig verschiedenen Beurtheilung unterliegen und zu völlig verschiedenen Resultaten führen können.

Hat demnach auch der Correspondentrheder, da er die Hauptcasse der Gesellschaft führt, und so auch das Rechnungswesen derselben verwaltet, als solcher die Pflicht, beim Abschluß einer bestimmten Rechnungsperiode mit seiner Rechnung zugleich die von ihm entgegen zu nehmende und einzuholende Rechnung des Schiffers. der Rhederei vorzulegen, deren Prüfung von Seiten dieser vorzubereiten und die Ergebnisse der beiderseitigen Geschäftsführung in solcher Weise zur Darstellung zu bringen, daß sich deren Ineinandergreifen erkennen und eine klare Einsicht in das Gesammtresultat dieser Geschäftsführung für das Soll und Haben der Gesellschaft gewinnen läßt, so kann es doch nach dem Obigen hierbei nie seine Aufgabe sein, beide Rechnungen in solcher Weise in Eine zu verschmelzen, daß sich deren Verschiedenheit nicht mehr erkennen läßt; vielmehr

würde dies die Prüfung der von Jedem gesondert geführten Verwaltung und die Beurtheilung der daraus für und gegen Jeden von ihnen sich ergebenden Ansprüche nur erschweren; und noch weniger folgt hieraus für den Correspondentrheder die Verpflichtung, wie seine eigene Rechnung so auch die des Schiffers zu justificiren und für deren Ansätze und Ergebnisse durchweg mit einzutreten.

— — — — — — — — — —

4. — — — — Kann auch nicht zugegeben werden, daß hinsichtlich der dem Geschäftsführer obliegenden Verpflichtung, die von ihm für den Geschäftsherrn gemachten und ihm in Rechnung gesetzten Ausgaben zu justificiren, ein wesentlicher Unterschied zwischen denjenigen Verwendungen besteht, die er aus dem ihm zu Gebote gestellten Cassenvorrath, und denjenigen, die er aus eigenen Mitteln vorschußweise für seinen Mandanten gemacht hat, sobald der Cassenvorrath für die zu bestreitende Ausgabe nicht mehr ausreichte, so ist hieran doch so viel wahr, daß der Geschäftsführer, wie alle von ihm in Rechnung gestellten Ausgaben, so auch die von ihm gemachten Vorschüsse aus dem Gesichtspuncte ihrer Nothwendigkeit, Nützlichkeit oder Ueblichkeit erforderlichen Falls zu rechtfertigen hat.

In dieser Beziehung kann es aber zunächst nicht füglich bestritten werden, daß es, wie anderswo, so auch im hiesigen Rhedereibetriebe, ein durchaus übliches Verfahren ist, daß, wo es sich bloß um Ausgaben handelt, die durch den regelmäßigen Geschäftsbetrieb hervorgerufen werden, und deren Deckung demnächst durch die Einnahme des Schiffes bei glücklicher Fahrt erwartet werden darf, oder die keine Verzögerung erleiden. bei erschöpfter Rhedereicasse und dadurch herbeigeführter Nothwendigkeit weiterer Einschüsse, der Correspondentrheder für die Rhederei in Vorschuß geht. Erleiden die Rheder dadurch scheinbar zunächst

insofern eine kleine Einbuße, als der Correspondentrheder sich für diese Vorschüsse Zinsen berechnen darf und auch wirklich berechnet, so wird dieser Nachtheil doch einerseits durch die in Folge hiervon bewirkte Vereinfachung und Erleichterung des Geschäftsbetriebes, andererseits dadurch aufgewogen, daß die Rheder ihrerseits den Genuß der sonst einzuschießenden Gelder behalten.

Wo aus solchen Gründen der Correspondentrheder für die Rhederei in Vorschuß gegangen, da bedarf deshalb dieser Vorschuß als solcher keiner weiteren Rechtfertigung, als die dadurch bestrittene Ausgabe selbst. Hinsichtlich dieser ist aber wieder für die Frage, ob der Correspondentrheder deren Anerkennung resp. deren Ersatz von der Rhederei verlangen darf, der allgemeine Gesichtspunkt entscheidend, wonach der Mandatar von seinem Mandanten die Anerkennung aller Ausgaben, resp. den Ersatz aller Auslagen fordern darf, die er der ihm gewordenen Aufgabe gemäß in gutem Glauben, nach gewissenhaftem Ermessen gemacht hat, ohne daß ihm hierbei eine Vernachlässigung der nöthigen Umsicht und Sorgfalt zur Last fällt.

Vergl. L. 56 § 4 D. mandati (17, 1); l. 4 C. eod. (4, 35.); l. 27 § 4 D. eod. (17, 1.)

Darnach erscheint aber eine Ausgabe nicht bloß durch ihre Nothwendigkeit und Nützlichkeit unmittelbar gerechtfertigt, sondern auch schon dann, wenn der Mandatar aus guten Gründen sie für nothwendig oder dem wirklichen Interesse seines Mandanten entsprechend halten, ebenso auch mit Recht annehmen durfte, daß sein Mandant selbst als redlicher und billig denkender Mann dieselbe in Anbetracht der obwaltenden Umstände gemacht haben würde. Von diesem Standpunkte aus ist (in Anwendung auf den vorliegenden Rechtsfall)

a. zunächst dagegen daß der Correspondentrheder die den betreffenden Mitgliedern der Schiffsmannschaft zur Reise von hier nach Rotterdam verabfolgten Reisegelder nicht

auf das knappste Maß des Bedürfnisses beschränkt habe, um so weniger etwas Gegründetes einzuwenden, als einerseits kein vorsichtiger Mensch, wenn seine Mittel es erlauben, zu einer weiteren Reise nur genau so viel Geld mitnimmt resp. mitgiebt, als gerade eben für die nothdürftige Bestreitung der Reisekosten bei glücklichem Verlauf der Reise erforderlich ist, andererseits das nicht verbrauchte Reisegeld der Schiffscasse abzuliefern und, wie geschehen ist, für dieselbe zu berechnen war, endlich auch die Rhederei ja überhaupt verpflichtet war, den Schiffer mit den zur Ausrüstung des Schiffes für die bevorstehende Reise erforderlichen Geldmitteln zu versehen und der Ueberschuß des Reisegeldes dem Schiffer von selbst für diesen Zweck verblieb.

b. Was sodann weiter den Ausgabeposten von 8157 fl. 36 Cent Holl. = 4758 ℳ 23 ß betrifft, durch welchen der Correspondentrheder zunächst in Vorschuß zu gehen genöthigt war, so ist diese Ausgabeposition dadurch entstanden, daß der Schiffer, um die Kosten der Ausrüstung und Verproviantirung des Schiffes für die Reise von Rotterdam nach Valparaiso bestreiten zu können, eine Schuld dieses Betrages bei dem Hause Kupper van Dam & Smeer zu Rotterdam contrahirt und den Gläubiger wegen Deckung derselben an seine Rheder resp. den Correspondentrheder verwiesen hatte. Auch bestreiten die beklagten Rheder überall nicht, daß der Schiffer diesen Betrag schuldig geworden und der Correspondentrheder denselben bezahlt habe; sie vermeinen aber zunächst, daß der Correspondentrheder diese Schuld des Schiffers um deswillen, wenigstens in ihrem vollen Betrage, nicht hätte zahlen sollen und dürfen, weil offensichtlicher Weise der Schiffer bei der damaligen Ausrüstung des Schiffes das Maß des Bedürfnisses weitaus überschritten habe und mit der Hälfte des dazu Verwendeten etwa würde haben auskommen können.

Allein auch abgesehen davon, daß diese Behauptung überall nicht genügend begründet ist, was doch, da sämmtliche Rechnungen des Schiffers über die von ihm beschaffte Ausrüstung des Schiffes mit den erforderlichen Belegen vorliegen, leicht hätte geschehen können, reicht dieser Umstand, auch wenn er wirklich behaupteter Maßen sich verhielte, überall nicht aus, die Rhederei von der Nothwendigkeit der Tilgung dieser von dem Schiffer contrahirten Schuld zu befreien, und durch diese Nothwendigkeit ist es auch ohne Weiteres gerechtfertigt, daß der Correspondentrheder als solcher diese Zahlung für die Rhederei leistete.

Die Bestreitung der Kosten der Ausrüstung und Verproviantirung des Schiffes für eine von ihr beschlossene oder gebilligte Reise liegt an sich der Rhederei ob, und wie nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche Art. 496, so steht auch nach dem für diesen Fall noch normirenden hanseatischen Seerecht von 1614 Tit. I. Art. 3 und Tit. V. Art. 3 dem Schiffer im auswärtigen Hafen die Befugniß zu, nicht nur die Ausrüstung und Verproviantirung des Schiffes nach Maßgabe des obwaltenden Bedürfnisses zu beschaffen, sondern auch seine Rhederei durch die zu diesem Behuf eingegangenen Rechtsgeschäfte Dritten gegenüber zu verpflichten, und ist es nach Maßgabe von Art. LVIII. der hanseatischen Schiffsordnung von 1591 und Tit. VI. Art. 2 des hanseatischen Seerechts von 1614 in Verbindung mit den einschlagenden Bestimmungen des römischen Rechts, welches auch in dieser Materie als gemeines Recht betrachtet wurde, nie bezweifelt worden, daß, wie das Handelsgesetzbuch Art. 497 ausdrücklich ausspricht, so weit es zur Erhaltung des Schiffes und zur Ausführung der Reise nothwendig und zur Befriedigung des Bedürfnisses erforderlich ist, der Schiffer, welcher nur in Ermangelung aller sonstigen Auskunftsmittel zur Eingehung eines Bodmereigeschäfts schreiten soll, zur Auf-

nahme von Darlehen, oder zum Abschluß ähnlicher Creditgeschäfte mit verpflichtender Wirkung für seine Rheder schreiten darf.

Vgl. Heise und Cropp, Abhandlungen Bd. I nr. XXIII. S. 465 ff. und Seite 495 ff.

Dem Dritten, welcher für solche an sich in der Befugniß des Schiffers liegende Verwendungen Geld herleiht, wird hierbei aber nach l. 7 pr § 1, l. 1 §§ 7—11 D. de exercitoria act. (14. 1.), womit wieder das neue deutsche Handelsgesetzbuch Art. 497 Abs. 2. im Princip übereinstimmt, nur angesonnen, sich im Allgemeinen darüber zu vergewissern, ob das vorgegebene Bedürfniß existirte, ohne daß ihm eine ängstliche Ueberwachung des Schiffers in Beziehung auf den Umfang des fraglichen Bedürfnisses und die wirkliche Verwendung des dazu aufgenommenen Geldes zugemuthet wird.

Daß unter den hier obwaltenden Umständen Kupper van Dam & Smeer wohl befugt waren, dem Schiffer auf den Credit der Rhederei zum Zweck der Ausrüstung des Schiffes für die bevorstehende Reise die von ihm für erforderlich erachteten Gelder vorzustrecken, können daher die beklagten Rheder nicht wohl in Abrede nehmen, und daß diese Gläubiger ihrerseits hierbei etwas versäumt oder versehen hätten, wodurch sie ihres Anspruchs gegen die Rhederei ganz oder in einem bestimmten Umfange verlustig geworden wären, wird von denselben nicht einmal behauptet. Konnte aber demnach die Rhederei selbst sich der Erfüllung dieses Anspruchs nicht entziehen, so steht auch der Correspondentrheder völlig gerechtfertigt da, wenn er diese Schuld der Rhederei bezahlte und, da der in seinen Händen befindliche Cassenvorrath hierzu nicht ausreichte, dieserhalb in Vorschuß ging.

Die Beklagten glauben nun aber weiter aus dem Grunde die Rückzahlung dieses Vorschusses verweigern

zu können, weil, wie sie meinen, der Correspondentrheder bei seiner Erfahrung im Rhedereiwesen hätte einsehen müssen, daß der Schiffer bei dieser Ausrüstung das Maß des wirklichen Bedürfnisses weitaus überschritten, und deshalb bei seiner vorläufigen Abnahme der ihm vom Schiffer vorgelegten Rechnung so befugt, als verpflichtet gewesen wäre, dem Schiffer alle nicht streng nothwendigen Ausgabepositionen zu streichen, und berufen sich zu diesem Ende darauf, daß wie der Schiffer in seinem Briefe vom 6. Januar 1859 aus Helvoetsluis selbst anerkennt, daß sein Verbrauch ein übermäßiger gewesen, so auch der Correspondentrheder in der bei Vorlegung dieses Briefes an die in Rostock anwesenden Rheder unter demselben gemachten Bemerkung sich in gleichem Sinne geäußert, und demnächst wirklich hinsichtlich einzelner Ansätze der Rechnung von dieser Streichungsbefugniß Gebrauch gemacht, und der Schiffer, wie er sich diese Streichung habe gefallen lassen, so auch noch weitere Streichungen sich gefallen lassen haben würde.

Allein wollte man auch trotz dessen, was in rat. 2. über die Stellung des Correspondentrheders zum Schiffer überhaupt und insbesondere dessen Verantwortlichkeit für die Handlungen des im Auslande außerhalb seiner Aufsicht weilenden Schiffers und dessen Rechnung bemerkt ist, auf diese Argumentation eingehen, so kann dieselbe doch immer nicht zu dem Schlusse führen, den die beklagten Rheder daraus ziehen wollen. Einmal ist es nicht wahr, daß der Schiffer in dem fraglichen Briefe einen übermäßigen Verbrauch zugestanden hat, sondern er spricht sich nur dahin aus, „daß er leider mit seiner Ausrüstungsrechnung hier wieder höher gekommen, als er erwarten konnte, so daß das Schiff wieder bei dem Correspondentrheder in's Debet komme“ und sucht diesen hohen Betrag der Ausrüstungskosten damit zu entschuldigen, resp. zu rechtfertigen, daß er in Veranlassung

einer ihm gemachten Frachtofferte von Lima nach Java sich so ausgerüstet, um noch eine Reise von der Westküste Amerikas nach Ostindien machen zu können, und ebenso drückt der Correspondentrheder unter jenem Briefe nur sein Bedauern darüber aus, daß der Schiffer leider in Rotterdam unerwartet viel Geld verbraucht, so daß seine Hoffnung, der nach der letzten Dividendenvertheilung zurückbehaltene Cassenvorrath werde zur Ausrhedung ausreichen, getäuscht und er wieder mit 3500 $\mathcal{P}$ in Vorschuß sei. Sodann ließ sich aber auch ein wirkliches Urtheil darüber, ob der stattgefundene Verbrauch unter den obwaltenden Umständen wirklich ein übermäßiger gewesen, erst nach Einsicht der bezüglichen Rechnungen selbst bilden, und wenn nun hierbei der Correspondentrheder sein vorläufiges Urtheil änderte, und nur in einzelnen Punkten einen solchen übermäßigen Verbrauch rügen zu dürfen glaubte, so läßt sich ihm daraus, daß er diese Rüge nicht weiter noch auf andere Punkte erstreckte, um so weniger der Vorwurf einer Vernachlässigung der ihm obliegenden Ueberwachungspflicht des Schiffers machen, als einmal die reichliche Ausrüstung des Schiffes für die vorhabende Reise, wenn die weitere Fahrt von Lima nach Java unterblieb, dem Schiffe für die ebenso weite Rückreise zu Gute kam, sodann aber auch bei der Bemessung der Ausrüstung des Schiffes, zumal für Reisen in so entlegene Gegenden und gefahrvolle Meere, Vieles Sache arbiträrer Beurtheilung ist. Die Stellung des Correspondentrheders dem Schiffer gegenüber in dieser Beziehung ist aber außerdem noch eine um so schwierigere, als dem Schiffer gerade allein die Verantwortung für die volle Seetüchtigkeit des Schiffes vor Beginn der Reise und zugleich die Pflicht obliegt, die Verproviantirung des Schiffes und dessen Ausrüstung mit allem irgend erforderlichen Material so reichlich zu beschaffen, daß er bei einer etwaigen Verzögerung der Reise nicht fürchten darf, in Noth zu gerathen und aller Seegefahr

nicht bloß getrosten Muthes entgegen gehen, sondern auch etwaige Defecte, die dadurch in der Ausrüstung des Schiffes entstehen, sogleich ersetzen kann, ohne seine Reise unterbrechen und den Nothhafen suchen zu müssen.

Vergl. auch Kaltenborn, Seerecht Bd. I. S. 161 f. und Allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch Art. 480.

Wie aber dem Schiffer hiernach die Verantwortung, so steht ihm auch hinsichtlich der Bemessung der Ausreichlichkeit der Ausrüstung des Schiffes die entscheidende Stimme zu, und es müssen schon gewichtige Gründe ihm zur Seite stehen, wenn der Correspondentrheder dieserhalb dem Schiffer, der im auswärtigen Hafen die Ausrüstung des Schiffes allein besorgte, mit Erfolg eine Monitur soll machen können. Getraute er sich also in dieser Beziehung nicht, weiter zu gehen als er gegegangen ist, so läßt sich darauf um so weniger gegen ihn ein Vorwurf von Seiten der übrigen Rheder gründen, und sogar eine Ersatzverbindlichkeit gegen ihn für diese ableiten, als deren eigenem Urtheil und der etwaigen Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die sie gegen den Schiffer aus dessen Verhalten zu haben glauben, dadurch nicht vorgegriffen wird. — — — — — — —

c. War demnach die Rhederei nicht in der Lage, die Zahlung dieser von dem Schiffer contrahirten Schuld mit irgend einer Aussicht auf Erfolg oder nur mit einem Schein Rechtens ablehnen zu können, war also dieselbe für sie eine Nothwendigkeit, und deshalb sowohl die Leistung dieser Zahlung von Seiten des Correspondentrheders an sich, als nach dem damaligen Stande der Rhedereicasse der von ihm zu diesem Ende gemachte Vorschuß vollkommen gerechtfertigt, so war auch der Correspondentrheder zur Versicherung dieses Vorschusses und der deshalb aufgeführten Ausgabe um so mehr berechtigt, als ihm im Interesse seiner Committenten, die für diese Schuld nicht bloß mit Schiff und Fracht, son-

dern persönlich hafteten, — vergl. hierüber Heise und Cropp a. a. O. S. 495 ff. — sogar die Pflicht hierzu oblag.

d. Was sodann weiter die dem Schiffer in Anrechnung auf dessen demnächstiges Guthaben gemachten Vorschüsse resp. Abschlagszahlungen betrifft, so entsprechen solche insofern einer entschiedenen Ueblichkeit, als dadurch der Familie des Abwesenden die Mittel zu ihrem Lebensunterhalte gewährt werden sollten, und erscheinen auch mit Rücksicht auf den zu überschlagenden Verdienst des Schiffers, soweit sie in diesem Sinne gerade geleistet sind, in keiner Weise als zu hoch bemessen. Daß ferner auf das gleiche Conto hin der Correspondentrheder auf Ersuchen des Schiffers dessen Schiffspart versicherte und die Assecuranzprämie verlegte, rechtfertigt sich nicht nur aus dem gleichen Grunde, sondern auch durch die Rücksicht auf das Interesse der Rhederei insofern, als diese dadurch wegen der Ansprüche, die sie etwa wegen des Verhaltens des Schiffers demnächst gegen diesen erheben konnte, auf einen gewissen Grad sicher gestellt ward. Bedenken könnte dagegen der Ansatz von 521 ℳ 2 ß erregen, der als Abschlagszahlung auf einen Vorschuß des Schiffers auftritt, während die Beklagten die Existenz dieses Vorschusses bestreiten. Allein ungeachtet jener Motivirung ist hierin dennoch nur eine einfache Zahlung an die Frau des Schiffers auf dessen Guthaben unter Vorbehalt demnächstiger Liquidation zu erblicken. Dieselbe ist in das Debet des Schiffers eingetragen und rechtfertigt sich schon daraus, daß sein Saldo an Heuer und Kaplaken höher war, als alle ihm bis dahin gemachten Vorschüsse; und wenn die Beklagten in jetziger Instanz wegen dieser Zahlungen dem Correspondentrheder um deswillen einen Vorwurf machen, weil, wie sie behaupten, der Correspondentrheder hätte einsehen müssen, daß der Schiffer für seine enormen und unnöthigen Tratten der Rhederei zum Ersatze verpflichtet

war, und zu dessen Deckung eben sein Guthaben an Heuer und Kaplaken dienen mußte, so ist in keiner Weise dargelegt, daß der Correspondentrheder schon zu der Zeit, wo er diese Zahlungen machte, solches wirklich einsehen konnte, und sind die Behauptungen, welche die Beklagten dieserhalb in den wider den Schiffer erhobenen Beschuldigungen aufstellen, auch jetzt noch nicht einmal in ausreichender Weise begründet.

e. — — — — — — — — — — — — —

f. Den Ansatz der Klage ferner in I. 31. betreffend, so handelte der Schiffer an sich nur in Gemäßheit der ihm der Rhederei gegenüber zustehenden Befugnisse, wenn er in Callao mit dem Zimmermann eines andern dort anwesenden Schiffes wegen Dichtung des im Schiffe befindlichen Lecks contrahirte, und ist durch die Beklagten überall nicht näher dargelegt, weshalb der Umstand, daß auf dem Schiffe schon ein Zimmermann vorhanden war, die Zuziehung jenes W. in solcher Weise unnöthig machte, daß dieser gerechtes Bedenken tragen mußte, sich auf einen solchen Contract mit dem Schiffer einzulassen und aus solchem Grunde die Rhederei befugt gewesen wäre, die Erfüllung der von dem Schiffer in ihrem Namen contrahirten Schuld mit einigem Scheine Rechtens abzulehnen. — — — — —

g. Der Ansatz I. 39 der Klage ist dadurch erwachsen, daß der Schiffer in Callao von dem daselbst für die Rückreise nach Europa angenommenen Steuermann, wie der Brief d. d. Callao 19. November 1859 dem Correspondentrheder bereits mittheilte, zur Deckung der für das Schiff erforderlichen Ausgaben 300 Dollars entlieh gegen das Versprechen, dieselben in Europa zurückzuzahlen, sodann nach seiner Ankunft in Queenstown denselben abmusterte, und nach dem weiteren Briefe von dort d. d. 17. März 1860 ihm zum Zweck der Rückzahlung jenes Darlehns und Zahlung seiner Heuerforderung, die in letzterem Briefe zu 102, in der Heuerrechnung zu 103 Dollars

angegeben ist, einen für Rechnung der Rhederei gezogenen Wechsel von entsprechendem Betrage auf G. F. Schmidt in Hamburg behändigte. Nach diesen ihm gewordenen Mittheilungen konnte sich aber der Correspondentrheder der Deckung dieser Tratte, deren Betrag bei der mit dem Schiffer zugelegten Abrechnung demselben richtig ins Debet gesetzt ist, nicht wohl entziehen, und wird dies auch hinsichtlich des darin steckenden Heuerbetrages von den Beklagten eigentlich nicht bestritten, wiewohl sie, nach dem Obigen mit Unrecht, einmal meinen, daß die Heuerzahlung verfrüht geschehen. Dagegen greifen sie diesen Ansatz um deswillen an, weil sie bestreiten, daß der Steuermann wirklich dem Capitain 300 Dollars vorgeschossen habe, und dieserhalb von dem Correspondentrheder Beweis verlangen zu können glauben. Allein es gilt hinsichtlich dieses Darlehens im Wesentlichen dasselbe, was oben sub d hinsichtlich der Zahlung des von dem Schiffer selbst nach der in dem nämlichen Briefe d. d. Callao 19. November 1859 enthaltenen Mittheilung dem Schiffe gemachten Vorschusses von 600 Dollars ausgeführt ist. Denn diese angebliche Anleihe ist zu der Schifferrechnung lediglich als Rechnungsvorschuß des Schiffers benommen, so als wenn dieser auf seinen persönlichen Credit das Geld aufgenommen hätte und dem entsprechend ihm ins Debet gesetzt. Ob der Schiffer in solcher Weise in Vorschuß war, konnte erst seine Rechnung ergeben, nnd hat deren endlicher Abschluß kein Bedenken gegen diese Angaben desselben herausgestellt.

h. Größere Bedenken könnte dagegen der Ansatz I. 59. der klägerischen Rechnung erregen. Der Hauptbestandtheil dieses Ansatzes beruht darauf, daß der Schiffer, um nicht von Sunderland, wohin er mit Zustimmung der in Rostock anwesenden Rheder gefahren war, um für die Rückkehr hierher eine Kohlenfracht zu suchen, unbeladen weiter fahren zu müssen und dem Schiffe einen Frachtverdienst zuzuführen, für Schiffsrechnung eine Kohlen-

speculation entrirte, indem er in Gemeinschaft mit dem dortigen Makler Lotinga & Son eine Ladung Kohlen kaufte und damit das Schiff auf Rostock befrachtete. Wie der Schiffer in seinem Briefe d. d. Sunderland, 20. Juli 1860, wodurch er dem Correspondentrheder den von ihm beabsichtigten und bereits eingeleiteten Abschluß dieses Geschäftes anzeigte, selbst anerkannte, lag die Eingehung eines solchen an sich außerhalb des Kreises seiner Befugnisse, stellte sich daher als eine negotiorum gestio dar, und suchte er deshalb auch diesen Schritt mit Rücksicht auf die dadurch beabsichtigte Abwendung eines Nachtheils und den davon für seine Rheder zu hoffenden Nutzen zu rechtfertigen. Es war dies außerdem aber auch ein Geschäft, welches ganz außerhalb der Grenzen des eigentlichen Rhedereibetriebes lag, und trifft daher in Beziehung auf dasselbe die Bestimmung der L. 11. D. de negot. gest. (3, 5) zu, wonach ein solches Geschäft, welches der Geschäftsherr nicht zu machen gewohnt ist, zunächst auf Gefahr des unbeauftragten Geschäftsführers steht, und nur, wenn es einen Gewinn abwirft, eine solche Geschäftsführung ihm gegenüber obligatorische Wirkungen erzeugt. Endlich ist es hiernach auch richtig, daß die behaupteter Maßen erfolgte Genehmigung dieses Geschäfts von Seiten der übrigen Rheder als solche die Beklagten nicht binden kann, weil Majoritätsbeschlüsse in Rhedereisachen für die Minorität nur dann verbindend sind, wenn das fragliche Geschäft innerhalb der Grenzen des eigentlichen Rhedereibetriebes liegt.

Demgemäß stand es denn auch, da Lotinga & Son sich gleichfalls nicht wohl darüber täuschen konnten, daß der Abschluß dieses Geschäftes, zu welchem sie dem Schiffer die Mittel suppeditirten, streng genommen nicht in dessen Vollmacht lag, dem Correspondentrheder frei, dasselbe zu verwerfen und die Zahlung des darauf von diesem Mitcontrahenten des Schiffers geleisteten Vor-

schusses zu verweigern; und, da sie dies nicht gethan, vielmehr durch Deckung der durch dieses Geschäft verursachten Auslagen und Kosten ihrerseits wieder für die Rhederei in Vorschuß gegangen sind, und diesen Vorschuß pro rata von den Beklagten ersetzt verlangen, so bedarf dieser Anspruch allerdings von ihrer Seite einer ganz besonderen Rechtfertigung.

Diese könnte man nun freilich zunächst schon darin finden wollen, daß der Correspondentrheder, welcher nach dem Empfange des fraglichen Briefes nicht mehr in der Lage war, den Abschluß dieses Geschäftes von Seiten des Schiffers zu hindern, sondern nur etwa versuchen konnte, das bereits abgeschlossene Geschäft wieder rückgängig zu machen, glauben durfte, im wohlverstandenen Interesse der Rhederei zu handeln, wenn er dasselbe bestehen ließ und dessen Folgen auf sich nahm, da es nicht mehr Zeit war, einen förmlichen Rhedereibeschluß hierüber zu veranlassen, und deshalb schon aus diesem Grunde Ersatz der Auslagen zu fordern berechtigt ist, die er in pflichtmäßiger Fürsorge für das Interesse der Rhederei in gutem Glauben aus nicht schlechthin verwerflichen Gründen für diese machen zu müssen vermeinte.

Allein eine strengere Auffassung würde dahin führen, daß der Correspondentrheder, indem er das Verfahren des Schiffers guthieß, und ohne Verwahrung die Deckung beschaffte, die Verantwortung für das Geschäft der Rhederei gegenüber ganz ebenso, wie der Schiffer selbst, übernommen hat, und daher nach l. 11. D. cit. Erstattung ihrer Auslagen nur dann fordern können, wenn die gehabte Einnahme ein den Rhedern günstiges Ergebniß geliefert hat: „lucrum cum damno compensare debent".

In dieser Beziehung läßt sich nun aber nicht wohl verkennen, daß diese Unternehmung, rein für sich betrachtet, gewinnbringend für die Rhederei gewesen ist, indem nur durch sie der nicht unerhebliche, für sich allein schon

den Betrag der eingeklagten Auslagen, die übrigens keineswegs allein hierdurch hervorgerufen sind, übersteigende Frachtverdienst des Schiffes, welches außerdem in Ballast hätte segeln müssen, erzielt worden ist, und daneben auch noch der Wiederverkauf der Kohlen selbst einen nicht ganz unbeträchtlichen Reinertrag gewährt hat.

Diesen feststehenden Thatsachen gegenüber können die ganz vagen und allgemeinen Behauptungen der Beklagten, daß dessenungeachtet, Alles in Allem betrachtet, diese Kohlenspeculation an sich, wie in Folge der sie begleitenden Umstände, ihnen nur Nachtheil gebracht habe, weil die Fahrt des für eine Reise von Danzig auf London verfrachteten Schiffes nach Sunderland, um dort eine Kohlenfracht zu suchen und dessen dadurch wieder veranlaßte Vorkehr in Warnemünde nebst dem dortigen Aufenthalte schon an sich unzweckmäßig und dem Interesse der Rhederei nachtheilig gewesen sei, außerdem auch die nicht unbeträchtlichen Ausrüstungskosten in Warnemünde vermieden worden wären, um so weniger etwas verfangen, als einmal der Schiffer schon in seinem Briefe d. d. London, 22. Juni 1860, wie in dem späteren Schreiben daher vom 10. Juli 1860 dem Correspondentrheder seinen Entschluß mitgetheilt hatte, von London auf Newcastle oder Sunderland zu fahren, um dort eine Kohlenfracht auf Rostock oder einen Hafen der Ostsee zu suchen und bei dieser Gelegenheit in Warnemünde vorzukehren, um dort wegen der Angelegenheiten des Schiffes mit seinen Rhedern persönlich sich zu benehmen, und die betreffenden Briefe den hier am Sitz der Rhederei anwesenden Rhedern vorgelegt waren, diese auch durch ihr Stillschweigen sich mit dem Inhalte einverstanden erklärt hatten, Beklagte daher gegen die Fahrt von London auf Newcastle oder Sunderland und von dort auf hier mit Erfolg nichts einwenden können, der Schiffer also auch, um mittels der fraglichen Kohlenspeculation einen Frachtertrag zu erzielen, nicht

erst nach Sunderland zu fahren brauchte, sondern, als er zu diesem, seiner Ansicht nach förderlichen und unter solchen Umständen, wie die Beklagten selbst nicht bestreiten können, nicht ungewöhnlichen Unternehmen sich entschloß, sich bereits dort befand, zugleich auf hier zu fahren Willens war, und die Ausrüstung des Schiffes in Warnemünde zum Zweck der weiteren Fahrten desselben geschah, was, wenn möglich, gewiß immer zweckmäßiger im Heimathhafen des Schiffes, als im auswärtigen Hafen geschieht.

Ist es aber hiernach den Beklagten überall nicht gelungen, in ausreichender und rechtlich beachtlicher Weise darzulegen, daß der Nachtheil dieser Kohlenspeculation den von dem Correspondentrheder nachgewiesenen, durch dieselbe erzielten, Gewinn wieder absorbirt habe, oder gar übersteige, so sind sie durch die sententia a qua mit ihrer gegen die Zulässigkeit des Ansatzes I. 59 der eingeklagten Rechnung erhobenen Einwendungen um so mehr mit Recht zurückgewiesen worden, als, wie die sententia a qua richtig dargelegt hat, der durch diese Kohlenspeculation bereits erzielte Frachtverdienst und der noch weiter davon zu hoffende Gewinn ihnen von dem Correspondentrheder auf deren Gesammtguthaben in dieser Rechnung bereits gut geschrieben ist, daher auch ihr fernerer Einwand, daß die jetzige Forderung verfrüht sei, hinfällig ist, und sie in keiner Weise zu erkennen gegeben haben, daß sie diesen Gewinn nicht für sich in Anspruch nehmen wollen, sondern unter Vorbehalt ihrer Ersatzforderung wegen des durch diese von ihnen reprobirte negotiorum gestio des Schiffers, wie des Correspondentrheders, angeblich verursachten Schadens auf denselben verzichten, es aber, wie die L. 11. D. de negot. gest. (3, 5) und die L. 24. C. eod. zeigen, rechtlich völlig unzulässig ist, den Vortheil einer Geschäftsführung zwar beanspruchen, die demselben correspondirenden Nachtheile resp. Lasten dagegen von sich ablehnen

zu wollen, daher insofern nicht ohne Grund von dem Correspondentrheder behauptet ist, daß die Beklagten so anzusehen seien, als haben sie dieselbe genehmigt.

i. — — — — — — — — — — — — — —

k. Die Ansätze I. 60. 62. 63 und 66 der libellirten Rechnung beruhen größtentheils auf den Vorschüssen, durch welche der Correspondentrheder dem Schiffer in Warnemünde die Mittel zur Ausrüstung und Verproviantirung des Schiffes für dessen weitere Fahrten verabfolgt hat. Da das Schiff damals im Heimathshafen lag, so greifen in Beziehung auf diese Ausrhedung die Bestimmungen des hanseatischen Seerechts von 1614 Tit. I. Art. 4 und Tit. V. Art. 1. 2., womit zu vergleichen Art. 3. 4. 5. der hanseatischen Schiffsordnung von 1591, ein, wonach der Schiffer das hierzu Nöthige nicht allein und nach eigenem Ermessen, sondern unter Beirath und Zustimmung der ihm zu diesem Behuf aus der Mitte der Rheder beizuordnenden Schiffsfreunde, eines oder zwei derselben besorgen soll. An die Stelle dieser ist jetzt der ständige Correspondentrheder getreten, und lag also ihm die Mitwirkung und die Aufsicht bei dieser und über diese Ausrüstung ob.

Vergl. auch Heise und Cropp a. a. O. S. 449 ff.

Dies schloß indessen nicht aus, daß der Correspondentrheder die unmittelbare Besorgung dieser selbst dem Schiffer, als dem eigentlichen Sachkundigen und zugleich demjenigen, welchem die Verantwortlichkeit für die Versetzung des Schiffes in seetüchtigen Stand und die genügende Ausstattung desselben für die vorhabende Reise obliegt, übertrug, wenn er sich nur über die Vornahmen des Schiffers zu diesem Zwecke Rechenschaft geben ließ, und von der Nothwendigkeit und Angemessenheit desjenigen, was er zu diesem Ende gethan, durch Prüfung des Geschehenen zu überzeugen suchte. Diese Rechnung hat der Schiffer abgelegt, wozu die Belege, so weit er-

forderlich, beigebracht sind, und behauptet der Correspondentrheder mit völliger Bestimmtheit, daß er durch seinerseitige Prüfung sich von der Nothwendigkeit wie Richtigkeit sämmtlicher für den fraglichen Zweck von dem Schiffer gemachten Ausgaben und Verwendungen überzeugt habe. Unter diesen Umständen sind daher auch die allgemeinen überall nicht näher begründeten Behauptungen, mittels deren die Beklagten die Nothwendigkeit und Angemessenheit dieser Ausrüstung bestreiten und dieserhalb Beweis verlangen, mit Recht für unbeachtlich erklärt, gleichwie es nach dem, was hier sub h oben bemerkt worden ist, gleichfalls als unbeachtlich erscheint, wenn die Beklagten die Nothwendigkeit dieser Ausrüstung auch aus dem Grunde bestreiten, weil die Vorkehr und der Aufenthalt des Schiffes in Warnemünde selbst nicht nothwendig und zweckmäßig gewesen sei.

---

57. Klage aus einem quittirten Wechsel.

I. Wi 644/1858.

Aus einem vom letzten Indossatar quittirten Wechsel klagte der Aussteller gegen den Acceptanten auf Zahlung eines Theiles der Wechselsumme. Auf die Einrede, daß die Schuld bereits getilgt sei, erwiderte der Kläger, er habe dem Beklagten die eingeklagte Summe gegeben, damit derselbe den Wechsel einlösen könne. Dies sei geschehen nnd Beklagter habe ihm darauf den quittirten Wechsel eingehändigt. Die Klage wurde abgewiesen. Der bestätigende Bescheid des

Oberappellationsgerichts vom 4. März 1858 stützt sich auf folgende Gründe.

Durch das auf den Wechsel selbst geschriebene reine Bekenntniß des letzten Indossatars, die Wechselsumme empfangen zu haben, wird die Wechselschuld völlig getilgt, so daß aus der bezüglichen Urkunde, an welche nunmehr — ihrem eigenen Inhalte nach — überall keine Obligation geknüpft ist, auch in keiner Beziehung eine Wechselklage weiter statthaft sein kann. Im vorliegenden Falle ist also der Umstand, daß der Kläger den durch C. A. quittirten Wechsel in Händen hat, zur Begründung seiner Klage gegen den Acceptanten keineswegs ausreichend. Wäre sein (ohnehin verspätetes) Vorbringen, daß der fragliche Wechsel für seine Rechnung eingelöst worden sei, auch völlig begründet, so hätte er doch, um seinen wechselmäßigen Anspruch wider den Acceptanten aufrecht zu erhalten, die Vorsicht gebrauchen müssen, nur gegen Auslieferung des unversehrten Wechsels und einer davon abgesonderten Quittung zu zahlen, wie solches aus einer Vergleichung des Art. 54 der Deutschen Wechsel-Ordnung mit dem Art. 39 derselben sich deutlich ergiebt. Die von ihm geäußerte Meinung endlich, daß er befugt gewesen wäre, die auf dem Wechsel befindliche Quittung des C. A. auszustreichen, ist ganz unrichtig, da der Art. 55 der Wechsel-Ordnung nur Etwas auszustreichen erlaubt, dessen rechtliche Bedeutung ohnehin schon weggefallen ist; wogegen es sich von selbst versteht, daß der Wechselinhaber nicht befugt sein könne, durch beliebiges Ausstreichen sich erst Rechte zu verschaffen, die er ohne selbiges nicht gehabt haben würde.

II. Bu 1132/1867.

In einem anderen Falle war die Klage aus dem quittirten Wechsel von dem quittirt habenden Wechselgläubiger selbst erhoben, auch ergab die beigebrachte Protesturkunde, daß die Quittung schon auf dem Wechsel gestanden hatte, als derselbe am Verfalltage zur Zahlung präsentirt werden sollte,

bestätigte mithin die Klagbehauptung, daß schon im Voraus quittirt sei. In diesem Falle hob das Oberappellationsgericht durch Verfügung vom 24. Juli 1867 das Decret, welches die Klage a limine judicii abgewiesen hatte, wieder auf und verordnete Einleitung des Processes.

Denn die Annahme von Thöl, Handelsrecht Bd. II § 319 II, daß durch eine auf dem Wechsel befindliche Quittung die Form des Wechsels gestört werde, kann für begründet nicht geachtet werden, da durch dieselbe kein Theil des ursprünglichen Wechsels vernichtet, sondern nur ein Zusatz gemacht ist, durch den eine Zahlung, mithin eine neue selbständige Thatsache bezeugt wird, welche, deren Wahrheit vorausgesetzt, die Wechselverbindlichkeit aufheben würde. Die Liquidität des Klaggrundes wird also dadurch nicht aufgehoben, und steht, da der Wechsel zur Zeit noch in den Händen des Gläubigers ist, sich auch nach Ausweis des beigebrachten Protestes am Zahlungstage in dessen Händen befunden hat, und daher die der Quittung beizulegende rechtliche Bedeutung sich zur Zeit nicht beurtheilen läßt, diese Quittung der Einleitung des wechselmäßigen Verfahrens nicht entgegen.

---

68. Cessibilität einer Wechselforderung. Cession eines eigenen Wechsels an Einen der mehreren Aussteller. Oe 120/1867.

Ein eigener Wechsel war nach Verfall von Einem der vier Unterzeichner eingelöst und demselben von dem befriedigten Gläubiger zwar ohne Indossament jedoch mit einer abgesonderten, die Cession der Gläubigerrechte aus diesem Wechsel

documentirenden Urkunde ausgeliefert worden. Daraufhin klagte nun der Cessionar zur Ausgleichung des Valutenverhältnisses gegen die beiden Mitaussteller A. und B., indem er von Jedem Erstattung eines Dritttheils der Wechselsumme forderte. Daß der vierte Unterzeichner insolvent sei, war streitlos und daß gerade dieser allein die ganze Valuta von dem ursprünglichen Gläubiger als Darlehn erhalten habe, wurde von den Beklagten wenigstens nicht mit genügender Bestimmtheit in Abrede gestellt. Nach verhandelter Sache wurden sie der Klagbitte gemäß verurtheilt und das Oberappellationsgericht bemerkte zu dem bestätigenden Bescheide vom 6. Mai 1867:

Was zunächst die Begründung der vom Appellaten erhobenen Klage betrifft, so ist unbedenklich anzuerkennen, daß Wechselforderungen nicht bloß in der Form eines neuen Begebungsvertrages durch Indossament, sondern auch durch gewöhnliche Cession übertragbar sind, da in den Besonderheiten einer solchen Forderung kein Grund liegt, jene für Obligationen aller Art als Regel geltende Uebertragungsform auszuschließen. Es mag immerhin zuzugeben sein, daß eine einfache Cessionsacte ohne beglaubigte Unterschrift als eine nach § 11. der Wechselprozeß-Ordnung vom 14. Juni 1849 zur Begründung der Wechselklage taugliche Privaturkunde nicht gelten könne; allein daraus ist offenbar ein Grund gegen die Cessibilität des materiellen Rechts aus dem Wechsel nicht zu entnehmen, sondern es folgt daraus nur, daß der Cessionar das auf ihn übergegangene Recht des Cedenten in einer anderen Proceßart verfolgen muß. Freilich darf der Appellat, da er als Mitunterzeichner des libellirten Wechsels zu den principaliter daraus haftenden Personen gehört, die durch Cession erworbenen Gläubigerrechte gegen seine Mitschuldner nur zur Ausgleichung des Valutenverhältnisses benutzen, allein dieser in der Theorie und Praxis jetzt feststehende Rechtssatz führt bei richtiger Anwendung auf den vorliegenden Fall zu dem Ergebnisse, daß der Appellat, indem er von

jedem der beiden Beklagten ein Drittheil der von ihm gezahlten Wechselsumme ersetzt verlangt, einer Zuvielforderung sich nicht schuldig mache. Rücksichtlich des Valutenverhältnisses hat nämlich der Appellat behauptet, daß die ganze Wechselschuld auf Grund eines dem Pensionair L. von der Mecklenburgischen Lebensversicherungs- und Sparbank gegebenen Darlehns contrahirt, L. also der alleinige Empfänger der ganzen Valuta sei, während den drei anderen Unterschriften rücksichtlich des dem Wechselvertrage unterliegenden Rechtsverhältnisses nur die Bedeutung von Intercessionen für fremde Schuld zukomme. Diese Behauptung wird allerdings durch den Wechsel nicht liquid gestellt, und würde daher, wenn der Appellat auf Grund eines erhaltenen Indossaments den Anspruch als einen wechselmäßigen geltend gemacht hätte, unbeachtlich sein; allein die vorliegende Klage bedurfte einer wechselmäßigen Begründung nicht. Nun haben die Appellanten den angegebenen Sachverhalt mit genügender Bestimmtheit nicht in Abrede stellen können, und wenn sie auch erklären, es sei ihnen unbekannt, daß der Appellat von der Wechselvaluta nichts erhalten habe, sie wollten daher in diesem Betreff kein Zugeständniß machen, so bietet doch diese unsichere Erklärung keinen Anlaß, den Appellaten noch mit einem Beweise zu beschweren. Da ferner L. unbestrittenermaßen insolvent und in Concurs gerathen ist, so handelt es sich gegenwärtig um eine Ausgleichung des Valutenverhältnisses unter den drei Garanten des Wechsels, und es ist klar, daß die Appellanten sich auf Kosten ihres Proceßgegners bereichern würden, wenn sie ihm nicht die auf Tilgung der gemeinsamen Wechselschuld verwendete Summe für ihre Antheile ersetzen, da sie ja dann durch ihn und auf seine Kosten von der Wechselschuld ganz befreit werden würden.

59. Weitere Beiträge zur Lehre von der Indossirung eines eigenen Wechsels auf Einen der mehreren Aussteller.

(Vergl. Bd. III. nr. 36.)

1. Ti 305/1867. Ein eigner Wechsel, welcher drei Unterschriften trug und das Bekenntniß des gemeinsamen Empfanges der Valuta ausdrückte, war nach Verfall von Einem der Aussteller gegen Indossament eingelöst und weiter begeben worden. Der Inhaber klagte gegen die Erbin eines der beiden andern Mitaussteller auf Zahlung der Wechselsumme nebst Verzugszinsen. Die Vernehmlassung ergab ein Einverständniß der Parteien darüber, daß der Wechsel sowohl vom Indossanten des Klägers, als auch vom Erblasser der Beklagten lediglich zur Uebernahme einer Bürgschaft für den dritten Mitaussteller, der die ganze Valuta als Darlehn erhalten habe, unterschrieben sei. Die Beklagte schützte deshalb nicht bloß die dem Bürgen gemeinrechtlich zustehenden Einreden der Vorausklage und der Theilung vor, sondern berief sich vorzüglich auf den im Art. 25 der Reversalen von 1621 anerkannten Satz des einheimischen Particularrechts, daß eine Bürgschaftsschuld ohne specielle darauf gerichtete Nebenberedung die Erben nicht binde*). Der erste Richter wies in der That aus diesem Grunde die Klage ab. In zweiter Instanz wurde jedoch unter Verwerfung dieses, auf Wechselschulden nicht anwendbaren Einwandes die Beklagte zur Zahlung der halben Wechselsumme verurtheilt, worauf das Oberappellationsgericht in dritter Instanz durch Bescheid vom 14. März 1867 erkannte, daß Beklagte nur zur Zahlung des dritten Theils der Wechselsumme schuldig sei.

Gründe:

Der eingeklagte Wechsel ist dadurch in den Besitz des Klägers gekommen, daß einer der Mitaussteller ihn nach

---

*) Zum fünff und zwanzigsten wollen Wir den Gebrauch dieses Fürstenthums, daß der Bürgen Erben in Bürgschaften, so in specie auf die Erben nicht gerichtet, zu keiner Zahlung verbunden hiermit in Gnaden confirmiret und bestättiget haben.

Verfall gegen Indossament eingelöst und sodann auf jenen weiter indossirt hat. Es ist bereits in mehrfachen hiesigen Entscheidungen ausgesprochen, und daran festzuhalten, daß Einer der Mitaussteller eines eigenen Wechsels, welcher letzteren durch Indossament erworben hat, denselben gegen die Mitverpflichteten nur so weit geltend machen kann, als ihm aus dem dem Wechsel unterliegenden Valutenverhältnisse ein Regreßanspruch gegen jene zusteht, und daß die Wechselverbindlichkeit der letzteren nur noch zu diesem Betrage von Bestand bleibt. Er kann deshalb durch weiteres Indossament nicht mehr Rechte übertragen, als ihm selbst zustehen, mithin können auch gegen jeden weiteren Indossatar alle diejenigen Einreden vorgeschützt werden, welche dem Aussteller entgegengestanden haben würden, wenn er selbst geklagt hätte.

Unbestritten ist der vorliegende Wechsel in der Weise entstanden, daß der Indossant des Klägers und der Erblasser der Beklagten denselben als Bürgen unterschrieben haben, während der dritte Mitaussteller die ganze Valuta erhalten hat. Beklagte hat sich dieserwegen excipiendo auf die dem Bürgen zustehenden Rechtswohlthaten zum Zwecke ihrer gänzlichen Befreiung von der durch ihren Erblasser übernommenen Verbindlichkeit berufen. Soweit dieselben mittels der exceptio excussionis und durch Bezugnahme auf den Art. XXV. der Reversalen von 1621 geltend gemacht worden, sind sie unbegründet.

Die Mitaussteller eines Wechsels übernehmen nach Art. 81 der deutschen Wechselordnung eine Correalschuld und es haftet ein Jeder derselben für die ganze Schuld dem Wechselgläubiger gegenüber, ohne Unterschied, ob er sich auf dem Wechsel als Bürge genannt hat oder nicht; ein solches Verhältniß zu seinem Mitaussteller, nach welchem er nur als dessen Bürge eingetreten ist, giebt ihm daher keine Einrede gegen die wider ihn gerichtete Wechselklage zu dem Effecte, daß er die ganze Verbindlichkeit auf jenen seinen Mitverpflichteten wälzen könnte, selbst dann nicht,

wenn der jetzige Wechselgläubiger in dem Verhältnisse eines Mitbürgen zu ihm stehen sollte, da auch dieser insoweit, als der Anspruch von Bestand geblieben ist, eine wechselmäßige Forderung gegen ihn geltend macht.

Besteht eine wechselmäßige Verpflichtung, so geht dieselbe nach gesetzlicher Vorschrift auf die Erben über und letztere müssen ebenso wie ihr Erblasser haften, auch wenn nur eine Bürgschaftsschuld des letzteren vorliegt. Denn wenn für dieselbe die Form einer solchen Correalschuld gewählt ist, welche wie die Wechselverbindlichkeit eben den Uebergang auf die Erben in sich schließt, so kann die Wohlthat aus Art. XXV. cit. keine Anwendung finden, da diese nach dem Inhalte jener Bestimmung alsdann ausgeschlossen ist, wenn bei Uebernahme der Bürgschaftsschuld die Haftung der Erben ausgesprochen worden ist.

Dagegen erscheint der Einwand der Beklagten, daß sie als Erbin des Erblassers nicht für die ganze Wechselschuld hafte, als begründet. Die vorige Sentenz legt bei der Ausmittelung der Summe, bis zu welcher eine solche Haftung einzutreten habe, das zwischen dem Indossanten des Klägers und dem Erblasser der Beklagten bestandene Verhältniß der Mitbürgschaft in der Weise unter, daß, da der eine Mitbürge den Wechsel eingelöst habe und die Gefahr der Garantie von beiden Bürgen zu tragen gewesen sei, der zweite Bürge auch die Hälfte der gezahlten Schuld jenem erstatten müsse. Ob dies richtig sein würde, wenn die Ausgleichung des dem Wechsel zu Grunde liegenden Verhältnisses im Wege des ordentlichen Processes zur Frage stände, kann hier dahin gestellt bleiben. Im Wechselprocesse können klagend nur solche Ansprüche verfolgt werden, welche aus dem Wechsel selbst erhellen, u. es kommt für die Beurtheilung: ob sie wechselmäßig begründet sind, nur auf den Inhalt des Wechsels, nicht darauf an, welche rechtlichen Verhältnisse sonst noch zwischen dem Wechselgläubiger und dem Wechselschuldner bestehen.

In dem gegenwärtig vorliegenden Wechsel nun be-

kennt ein jeder der Aussteller sich zum Empfang der Wechselsumme und es ergiebt sich hieraus in Bezug auf ihr Verhältniß zu einander, daß Jeder auf $\frac{1}{3}$ der letzteren Schuldner geworden ist, so daß also der Inhalt des Wechsels ihre Haftung pro rata darstellt, und zur Ausgleichung des Valutenverhältnisses im Wege des Wechselprocesses diese Haftung entscheiden muß.

II. Ne $169/_{1867}$. Die Grundsätze, welche das Oberappellationsgericht in dem Band III. nr. 36 dieser Sammlung mitgetheilten Rechtsfalle zur Geltung gebracht hat, wurden in einem neueren gleichen Rechtsfalle gegen eine abweichende Entscheidung des judicium a quo in dem Erkenntnisse vom 2. Mai 1867 festgehalten.

Die mehreren Mitaussteller eines eigenen Wechsels erscheinen als Correalschuldner, und wenn dies Rechtsverhältniß auch an sich dem Inhaber des Wechsels gegenüber für sie nicht den Erfolg hat, daß sie eine Theilung ihrer Verbindlichkeit begehren können, so verändert sich doch die rechtliche Lage der Sache, sobald einer der Mitaussteller den Wechsel nach Verfall einlöst und nun mittels eines ihm ertheilten Indossaments als Wechselgläubiger seinen correis gegenübertritt. Denn ein solcher hat zunächst nur seine eigene Schuld gezahlt, und wenn auch der Untergang der also bezahlten Wechselforderung durch das Indossament verhindert wird, so behält doch letzteres für ihn soweit eine rechtliche Bedeutung, als es ihm auf Grund desselben möglich wird, wegen des über seinen Antheil hinaus Gezahlten seine etwaige Regreßforderung gegen seine Mitschuldner, insofern solche durch den Wechsel liquid gestellt wird, auf wechselmäßige Weise geltend zu machen, während demselben im Uebrigen nur die gleiche Bedeutung beizulegen ist, wie der auf Grund des beneficium cendendarum actionum von Seiten des zahlenden correus debendi erlangten Klagecession. Hiermit würde es in Widerspruch treten, wenn ein solcher Indossatar den durch das formelle

Wechselrecht ihm gegebenen Anspruch auf das Ganze gegen die correi dazu benutzen wollte, um von Einem derselben mehr einzuziehen, als er nach dem unter ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse zur Tilgung der Wechselschuld beizutragen hatte.

Mit diesem, vom Oberappellationsgericht bereits mehrfach ausgesprochenen Grundsatze hat sich denn auch der Kläger in der Appellationsverhandlung einverstanden erklärt. Nun ergiebt sich aus dem in beglaubter Abschrift anliegenden, mit dem Originale gleichlautenden Wechsel, daß die vier Unterzeichner denselben, ein Jeder als ihren eigenen ausgestellt haben und den Werth in Anleihe erhalten zu haben bekennen, ohne daß aus demselben ersichtlich ist, in welchem Verhältnisse sie zu einander gestanden. Es muß deshalb, sobald es auf eine Ausgleichung unter ihnen ankommt, angenommen werden, daß ein Jeder zu einem Viertheile an dem Wechsel betheiligt ist, da für die Beurtheilung dieser Frage, soweit sie für die erhobene Wechselklage in Betracht kommt, lediglich der Inhalt des Wechsels entscheiden kann.

Zwar nahm der Kläger noch das Rechtsmittel der Restitution zur Hand, allein das Oberappellationsgericht bestätigte seinen vorstehenden Ausspruch durch Sentenz vom 30. Mai und bemerkte dabei:

Implorant findet sich zunächst dadurch beschwert, daß, obwohl Beklagter der erhobenen Wechselklage gegenüber sich bloß darauf berufen, daß er den fraglichen Wechsel als Bürge unterschrieben und deshalb die Abweisung der Klage begehrt, ohne das beneficium divisionis für sich in Anspruch zu nehmen, die sententia contra quam ihn dennoch, gleich als hätte er dies gethan, nur auf einen Theil der eingeklagten Forderung verurtheilt habe. Allein die in dieser Richtung erhobene Beschwerde erscheint um deswillen unbegründet, weil, wie bereits mehrfach in Uebereinstimmung mit dem in den gedruckten Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Bd. III. nr. 36 veröffentlichten Praejudiz

von hier aus erkannt worden ist, daß Einem der mehreren solidarisch verpflichteten Mitaussteller eines eigenen Wechsels nach dem Verfalltage auf Grund geleisteter Zahlung ertheilte Indossament, welches, streng genommen, bloß die Bedeutung einer Quittung haben würde, von ihm redlicher Weise nur zu dem Ende benutzt werden kann, um das der Contrahirung dieser Correalschuld unterliegende Valutenverhältniß zur Ausgleichung zu bringen und für den daraus herzuleitenden Regreßanspruch eine wechselmäßige Forderung zu gewinnen. Nun ist es einer der obersten Grundsätze des Wechselrechts und des Wechselprocesses, daß mittels einer Wechselklage nur solche Ansprüche verfolgt und durchgesetzt werden können, deren Vorhandensein aus dem Inhalt des Wechsels selbst unmittelbar hervorgeht. In Beziehung auf die Beschaffenheit des hier in Frage stehenden Valutenverhältnisses läßt sich aber aus dem Inhalt des eingeklagten Wechsels nur entnehmen, daß alle vier Aussteller desselben gleichmäßig sich zu dem Empfange der in Anleihe erhaltenen Valuta bekennen, und kann daher auch nur angenommen werden, daß sie an derselben zu gleichen Theilen participirt haben. Aus diesem Grunde erschien die erhobene Wechselklage als solche gegen den Beklagten daher auch von vornherein nur zu diesem aus dem Wechsel selbst sich ergebenden Antheil desselben an der empfangenen Valuta begründet. Ob dieselbe eine erweiterte Wirsamkeit alsdann erlangen könnte, wenn der Kläger bei Anstellung der Wechselklage durch öffentliche oder den Beklagten verbindende Urkunden eine aus dem Wechsel selbst nicht ersichtliche größere Betheiligung des Beklagten an der empfangenen Valuta sofort darlegt, kann dahin gestellt bleiben, denn ein Fall dieser Art liegt hier nicht vor, und so konnte der Beklagte auf die erhobene, bloß zur Ausgleichung des Valutenverhältnisses dienende Klage auch nur auf den Theil der Wechselsumme verurtheilt werden, zu dessen Empfang er sich im Wechsel selbst bekannt hatte.

---

60. Zulässigkeit und Wirkung eines auf einen Theil der Wechselsumme gegebenen Indossaments.

Ca 1252/1866.

Der Inhaber eines Wechsels hatte diesen auf einen Theil der Summe in der Weise weiter indossirt, daß er dem Indossatar eine mit seinem Indossament versehene Wechselcopie einhändigte. Der Inhaber der Copie klagte gegen den Aussteller des Wechsels mit der Erklärung, daß er sich im Mitbesitze des Originalwechsels befinde, und diesen im Wechseltermine produciren werde. Die Zurückweisung dieser Klage ward durch Bescheid vom 5. Febr. 1866 aus nachstehenden Gründen bestätigt:

Die durch Ausstellung und resp. Accept eines Wechsels übernommene Verpflichtung geht dahin, daß die in dem Wechsel benannte Summe am Verfalltage *gegen Aushändigung des Wechsels* gezahlt werde; und, wie hieraus folgt, daß die Zahlungszeit für die gesammte Wechselsumme nur eine und dieselbe sein kann,

vergl. die durch die Verordnung vom 30. Juli 1864 publicirten Zusätze zur Allgemeinen Deutschen Wechselordnung Art. 4 nr. 4,

so ergiebt sich daraus auch, daß, wie im Art. 39 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung festgestellt worden, der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet ist, und daß, wenn auch der Wechsel*inhaber* nach Art 38 eine Theilzahlung nicht zurückweisen darf, doch der Wechsel*schuldner* zu einer solchen nicht gezwungen, von ihm vielmehr immer nur die Zahlung der gesammten Summe gegen Aushändigung des quittirten Wechsels gefordert werden kann. Die allerdings bestrittene Frage, ob ein Indossament auf einen Theil der Wechselsumme statthaft ist, muß hienach dahin entschieden werden, daß, wenn gleich ein solches Indossament an sich nicht als ungültig anzusehen ist, mithin für den Indossanten und seine Nachmänner die aus ihren Indossamenten

entspringenden wechselrechtlichen Verpflichtungen erzeugt, dadurch doch die wechselrechtliche Verbindlichkeit des Ausstellers und Acceptanten nicht verändert wird, mithin gegen sie eine Klage auf Theilzahlung nur dann statthaft wird, wenn sie ihre Zustimmung zu der Theilung der Wechselsumme ertheilt und sich durch Unterschrift der Wechselcopie zur Leistung einer Theilzahlung wechselmäßig verpflichtet haben. Der Umstand, daß der Querulant, der bei dem Indossamente nur eine Wechselcopie erhalten hat, sich gegenwärtig im Besitze des Originals befindet, ist daher zur Fundirung seiner Klage nicht geeignet, da er nach seinen eigenen Angaben nur zur Vorzeigung, nicht aber zur Aushändigung des quittirten Wechsels im Stande ist.

---

61. Zulässigkeit von Einreden aus dem unterliegenden Rechtsverhältniß gegen den Indossatar, falls dieser in Wirklichkeit nur Mandatar des ursprünglichen Wechselgläubigers ist. Vo 512/₁₈₆₁.

Vergl. Bd. 5. nr. 61.

Einer Wechselklage, welche von einem Advocaten aus einem auf ihn indossirten Wechsel erhoben wurde, opponirte die Beklagte, daß dem Wechsel eine ungültige Intercession zum Grunde liege, und ihr diese Einrede auch gegen den Kläger zustehe, weil er in Wirklichkeit nur Mandatar des ursprünglichen Wechselgläubigers, und der Wechsel, wenn auch mit einem unbeschränkten Indossament versehen, nur zum Incasso auf ihn indossirt sei. — Der Kläger hielt den Beweis dieser von ihm bestrittenen Behauptungen zur Begründung der Einrede nicht ausreichend, und verlangte daneben den Beweis, daß ihm jene Thatsachen bekannt und

seine Absicht bei Entgegennahme des Indossaments auf Elidirung jenes Einwandes gerichtet gewesen. — Das Oberappellationsgericht erklärte jedoch in seinem Erkenntnisse vom 13. Februar 1868 diesen weiteren vom Kläger verlangten Beweis für unnöthig, und den Beweis, daß der Wechsel nur zum Incasso indossirt worden, zur Begründung der Einrede gegen den Indossanten für ausreichend. —

Gründe.

1. Daß durch ein Indossament, welches keinen der in Artikel 17 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung bezeichneten Zusätze enthält, alle Rechte des Indossanten aus dem Wechsel auf den Indossatar übergehen, und daher diesem nur die nach Artikel 82 zulässigen Einreden opponirt werden können, unterliegt keinem Zweifel. — Auf der andern Seite aber ist eben so wenig zweifelhaft, daß, wenn der Inhaber eines Wechsels einen Sachwalt zur Eincassirung und eventuellen Einklagung des Wechsels beauftragt, und ihm statt einer gewöhnlichen Proceßvollmacht oder eines Procuraindossements ein volles Indossament ertheilt, für das Verhältniß des Indossatars zum Indossanten das dem Indossament zum Grunde liegende Rechtsgeschäft normirt, der Indossatar also dem Indossanten zur Rechnungsablegung über die Ausführung des ihm ertheilten Auftrags und zur Auslieferung dessen, was er von dem Wechselschuldner erhalten hat, verpflichtet ist. — Der Indossatar bleibt daher, wenn er auch äußerlich als Wechselinhaber erscheint, und das Indossament zugleich die Vollmacht zur weiteren Begebung des Wechsels involvirt, in Wirklichkeit der Mandatar des Indossanten; er vertritt als solcher nur das Interesse seines Mandanten, und die Einrede des Wechselschuldners, daß er zwar formell Eigenthümer des Wechsels, in Wirklichkeit aber nur der Mandatar des Indossanten sei, ist — wenn diese Einrede überall zulässig ist — eine Einrede, welche dem Schuldner gerade gegen die Person des Klägers zusteht. Allerdings ist der Indos-

satar nach Wechselrecht auch in dem gedachten Falle als Wechselinhaber zu behandeln. Nach Artikel 82 kann sich der Schuldner aber nicht nur solcher Einreden, welche aus dem Wechselrechte hervorgehen, sondern auch solcher, welche ihm nach Civilrecht gegen den Kläger zustehen, bedienen, und der Einwand, daß der Kläger in Wirklichkeit nur Mandatar ist, als solcher nur das Recht und Interesse seines Mandanten vertritt, und ihm daher auch die gegen den Mandanten zulässigen Einreden opponirt werden können, ist ein Einwand, der freilich nicht aus dem Wechsel, sondern aus dem, dem Indossamente zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfte und dem Rechtsverhältnisse des Schuldners zum Indossanten entnommen ist, und der dem Wechselschuldner nur nach dem Civilrechte zustehen kann, nach diesem aber auch zusteht und insofern gegen die Person des Klägers gerichtet ist, als er gegen das von diesem erworbene Recht geht. — Dem steht auch nicht entgegen, daß nach der Natur des Wechselverkehrs der gutgläubige Indossatar ggeen alle Einwendungen aus der Person des Indossanten geschützt sein muß und durch Artikel 82 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung auch geschützt ist; denn derjenige, auf welchen der Wechsel mit dem Auftrage indossirt wird, den Betrag desselben einzucassiren, resp. einzuklagen, ist überall kein gutgläubiger Indossatar in jenem Sinne, weil er den Wechsel in Wirklichkeit nicht in der durch das Indossament bekundeten Weise erworben hat, auch überall kein eigenes Interesse, sondern lediglich das seines Mandanten verfolgt.

2. Es kann daher auch keinem Zweifel unterliegen, daß wenn in einem Falle der vorliegenden Art die Form eines vollen Indossaments gerade deshalb gewählt wird, um dem Wechselschuldner eine ihm gegen den Mandanten zustehende Einrede abzuschneiden, diesem dagegen eine exceptio doli zur Seite steht, weil hier die Form des Indossaments in einer rechtswidrigen Absicht gemißbraucht wird. — Ein solcher dolus liegt aber nicht bloß dann vor, wenn die

Contrahenten dabei eine bestimmte Einrede im Auge hatten, vielmehr genügt es, wenn sie nur im Allgemeinen die Absicht hatten, dem Schuldner etwanige Einreden, welche er dem Indossanten gegenüber vorschützen könnte, abzuschneiden; und das Vorhandensein einer solcher Absicht ist, wenn ein Sachwalt mit der Einklagung eines Wechsels beauftragt, und ihm statt einer Vollmacht oder eines Procuraindossaments ein volles Indossament ertheilt ist, zumal wenn dieß, wie im vorliegenden Falle, erst nach dem Verfalltage geschieht, und sofort zur Klage geschritten wird, ohne Weiteres anzunehmen, weil nicht zu bezweifeln ist, daß diejenigen, welche im Widerspruche mit dem Inhalte des dem Indossamente zum Grunde liegenden Rechtsgeschäfts die Form des vollen Indossaments wählen, auch die Rechtswirkungen in Bezug auf den Schuldner herbeizuführen beabsichtigen, welche damit verbunden sind, und weil folglich, wenn statt einer Bevollmächtigung des Sachwalts eine Geschäftsform gewählt wird, durch welche dem Wechselschuldner Einreden abgeschnitten werden, auch anzunehmen ist, daß dadurch diese Einreden haben abgeschnitten werden sollen. — Ueberdies liegt vom Standpuncte des Civilrechtes aus betrachtet, schon darin ein dolus, wenn derjenige, der in Wirklichkeit nur Mandatar ist, einer seinem Mandanten entgegenstehenden Einrede gegenüber sich darauf beruft, daß das ihm ertheilte Mandat in eine Geschäftsform gekleidet ist, welche ihn äußerlich als den Inhaber der Forderung erscheinen läßt.

62. Blancoindossament. Ti 311/1867.

Aus einem eigenen Wechsel, welchen der Remittent in blanco indossirt hatte, klagte der Advocat L. als Inhaber gegen den Aussteller auf Zahlung der Wechselsumme. Beklagter erkannte die Echtheit seiner Unterschrift zwar an, bestritt aber die Activlegitimation des Klägers, indem er unter Bezugnahme auf §§ 13. 36 der Deutschen Wechsel-Ordnung zu zeigen suchte, daß der Inhaber auf Grund eines unausgefüllten Blancoindossaments zwar weiter giriren, nicht aber in eignem Namen gegen die Wechselschuldner als Gläubiger auftreten dürfe, sich daher bis zur Erbringung einer besseren Legitimation gefallen lassen müsse, als Mandatar des Indossanten behandelt zu werden. Demnach schützte Beklagter mehrere Einreden vor, welche, aus dem unterliegenden Verhältnisse entnommen, gegen die Person des ersten Wechselnehmers gerichtet waren. Gleichwohl wurde er zur Zahlung des Libellats rein verurtheilt, und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 4. Januar 1868 aus folgenden Gründen:

Die Deutsche Wechsel-Ordnung legt dem Blancoindossamente, indem sie dasselbe im § 12 einfach für gültig erklärt, und im § 17 zur Herstellung eines Procuraindossamentes eine die Bevollmächtigung ausdrückende Formel verlangt, die Wirkung bei, daß der Inhaber des Wechsels als solcher legitimirt ist, alle Rechte eines Indossatars in eigenem Namen auszuüben. Dieser Satz ist bisher kaum streitig gewesen, und läßt sich durch die von dem Appellanten aus den §§ 13. 36 entnommenen Gegenargumente nicht widerlegen. Daß der Inhaber die im § 13 ihm eingeräumte Befugniß, alle auf dem Wechsel befindlichen Blancoindossamente auszufüllen, nur dann unbenutzt lassen dürfe, wenn er den Wechsel weiter begeben wolle, aber stets davon Gebrauch machen müsse, ehe er selbst einem Wechselschuldner gegenüber als Gläubiger auftreten könne, ist in der angeführten Gesetzes-

stelle nicht gesagt; wohl aber ist es bekannt, daß dem Inhaber lediglich im eigenen Interesse, um mißbräuchliche Benützung der Blancoindossamente durch Andere zu verhüten, die Ausfüllung gestattet worden ist, daß also irgendwelche aus dem Besitze des in blanco girirten Papiers abzuleitende Rechte dadurch nicht haben bedingt werden sollen.

Vergl. Conferenz-Protocolle S. 26 der Originalausgabe, Brauer, Anmerk 1. zu § 13:

Auch aus § 36 ist nicht zu entnehmen, daß der Inhaber eines indossirten Wechsels nur dann Zahlung verlangen könne, wenn das letzte Indossament ein ausgefülltes sei und auf seinen Namen laute, da es an dieser Stelle des Gesetzes nur darauf ankam, hervorzuheben, daß und aus welchem Grunde ein in der Mitte liegendes Blancoindossament die zur Legitimation des Inhabers erforderliche ununterbrochene, bis auf ihn hinuntergehende Reihe von Indossamenten nicht unterbreche. Es soll angenommen werden, daß der Aussteller des zunächst folgenden Indossaments den Wechsel auf das Blancogiro erworben habe, also der rechtmäßige Inhaber gewesen sei. Dabei ist nicht im Entferntesten angedeutet, daß diese Praesumtion lediglich für den Zweck der Weiterbegebung aufgestellt und nicht vielmehr eine einfache Consequenz aus der allgemeinen Vorschrift des § 12 sei. Allerdings bleibt dem Wechselschuldner der, im Streitfalle von ihm zu beweisende Einwand, daß der als Gläubiger gegen ihn auftretende Inhaber den Wechsel auf unredliche Art erworben habe, oder in fremdem Namen detinire, mithin Rechte daraus entweder überall nicht, oder wenigstens nicht in eigenem Namen geltend machen könne; allein dergleichen ist von dem Appellanten nicht vorgebracht. Seine eventuelle Behauptung, daß der Kläger den libellirten Wechsel nur als Mandatar des Indossanten besitze, entbehrt der thatsächlichen Begründung, und ist lediglich aufgestellt als

Folgerung aus der, mit der gesetzlichen Bedeutung des Blancoindossaments in Widerspruch stehenden Prämisse, daß der Kläger zur Erhebung der Wechselklage in eigenem Namen nicht ausreichend legitimirt sei und es sich deshalb, da er eine genügende Legitimation zur Sache nicht erbracht habe, gefallen lassen müsse, als Mandatar des Indossanten zu gelten. Ist dies nun, wie sich ergeben hat, unrichtig, und der Kläger vielmehr auf Grund des Blancoindossamentes als eigentlicher Indossatar anzuerkennen, so wird er von den weiter vorgeschützten Einreden, welche weder aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen, noch unmittelbar gegen ihn zustehen, nach § 82 der Wechsel-Ordnung nicht betroffen; dieselben sind daher mit Recht zurückgewiesen.

---

63. Zulässigkeit der Wechselhaft gegen gewerbtreibende Frauen. Du 367/1867.

Ueber die streitige Frage, ob die Statthaftigkeit des Wechselarrestes gegen eine Frau davon, daß die Schuldnerin zur Zeit der Eingehung der Wechselverbindlichkeit oder davon daß sie zur Zeit der Execution ein Gewerbe betrieben habe, abhängig sei, hat das Oberappellationsgericht in einem Querelbescheide vom 24. Januar 1867 sich im Sinne der ersten Alternative ausgesprochen aus folgenden Gründen:

Während früher alle Personen weiblichen Geschlechts, mit Ausnahme der Handelsfrauen, für unfähig galten, sich wechselmäßig zu verpflichten, weil angenommen wurde, es fehle ihnen die zur wirksamen Uebernahme einer solchen Verbindlichkeit erforderliche Kenntniß der Eigenthümlichkeiten des Wechselrechts, sind nun in Gemäßheit des § 1

der Deutschen Wechsel-Ordnung zwar alle Frauen, welche sich durch Verträge verpflichten können, wechselfähig, allein nach § 2 nr. 3 haften sie, wenn sie nicht Handel oder ein anderes Gewerbe treiben, für die von ihnen contrahirten Wechselschulden nur mit ihrem Vermögen, sind also von Personalhaft frei. Diese Bestimmung findet, im Anschlusse an das ältere Recht, darin allein eine befriedigende Erklärung, daß das Gesetz die bei nicht gewerbtreibenden Frauen vorauszusetzende Rechtsunkunde wenigstens so weit noch berücksichtigt, als es denselben nicht gestattet, durch Ausstellung einer Wechselerklärung außer ihrem Vermögen auch noch ihre persönliche Freiheit auf's Spiel zu setzen. Demnach liegt hier eine Beschränkung der Wechselfähigkeit vor, und daraus folgt denn von selbst, daß eine Frau für eine Wechselschuld mit ihrer Person nicht anders haftet, als wenn sie zu einer Zeit contrahirt hat, während welcher ihr, weil sie ein Gewerbe betrieb, die volle Wechselfähigkeit zustand.

Vergl. Brauer, Wechselordnung ad § 2 nr. 7 Seite 30, Hoffmann, Erläuterung der Wechselordnung Seite 176.

Der zuletzt erwähnte Schriftsteller macht die Zulässigkeit der Wechselhaft außerdem davon abhängig, daß die Schuldnerin auch noch zur Zeit der Execution ein Gewerbe treibt, und Andere halten die Betreibung eines Gewerbes zur Zeit der Hülfsvollstreckung sogar für ausreichend zur Verhängung des Personalarrestes aus allen bis dahin eingegangenen Wechselverbindlichkeiten,

(Liebe), Die allgemeine Deutsche Wechselordnung mit Einleitung und Erläuterungen, Seite 40,

Thöl, Handelsrecht Thl. 2. § 339 not. 6;

allein wenn die gesetzliche Vorschrift auf der Erwägung beruhte, daß die Schuldhaft in ihrer Anwendung auf Weiber ein geeignetes und schickliches Executionsmittel nicht sei, so würde die mit den Gewerbsfrauen gemachte

Ausnahme, sich nicht wohl erklären lassen. Ueberdies zeigt die Schlußbemerkung des § 2, womit die Verordnung vom 30. Juli 1864*) zu vergleichen ist, daß Frauen, als solche, nicht zu den Personen gehören, welche der Wechselhaft aus Gründen des öffentlichen Rechts nicht unterliegen.

64. Interdictum quod vi aut clam.

I. Oe 39/1867. Strel. — Am 9. September 1867 kaufte der Schuster W. zu S. von dem dortigen Bäcker D. dessen Wohnhaus nebst Zubehör. An den Hausgarten stieß eine offene unbebaute Fläche, und diese führte in gerader Linie auf eine Straße, an welcher die Hauswiese liegt, gewährte somit eine freie Passage von dem Hauptgrundstücke zu einer davon räumlich getrennten Pertinenz. Diese an einer Seite durch fremde Gebäude begrenzte Fläche hatte damals an der andern keine sonst in die Augen fallende Begrenzung, als einen mit jenen Gebäuden parallel laufenden, von denselben etwa 10 Fuß abstehenden schmalen Graben. Nach D.'s Behauptung war der ganze so begrenzte Raum schon vor 40 Jahren von dem hinter dem Graben belegenen städtischen Grundstücke abgetrennt und dem derzeitigen Besitzer seines Hauses vom Magistrate als Verbindungsweg überwiesen worden und hatte seither ununterbrochen zu diesem Zwecke gedient. Das erwähnte Grundstück, die s. g. Schinderkuhlwiese war inzwischen an den Zimmermeister E. verkauft worden. In dem Traditionstermine, zu welchem auch D. geladen aber nicht erschienen war, wurde dem Käufer von einem Deputirten des Magistrats nicht der Graben, sondern

*) Die in Folge des Bundesbeschlusses vom 23. Januar 1862 publicirte Verordnung zur Ergänzung der Wechselordnung.

eine Linie, welche den von D. prätendirten Verbindungsweg etwa in der Mitte der Länge nach durchschnitt, also nur einen an den Häusern entlang führenden Steig von 5 Fuß Breite übrig ließ, angewiesen und sofort durch Pfähle markirt. Auf dieser Linie errichtete E. eine Bretterwand. Erst als er damit fertig war und die Grenze gegen den D.'schen Garten mit einer Mauer zu bewehren im Begriff stand, that D. Einspruch, auch erschien nun der Schuster W. und vertrieb die mit dem Antheeren der Planke beschäftigten Leute. Beide klagten nun gegen E. auf Wegnahme der Planke; W. als Besitzer des gekauften Hauses, D. als regreßpflichtiger Auctor. Sie erklärten, daß sie ihre Klage principaliter als interdictum quod vi aut clam, eventualiter als interdictum uti possidetis aufgefaßt wissen wollten. Sie wurden in erster Instanz angebrachter Maßen, in zweiter Instanz auf Appellation des Beklagten rein abgewiesen. In den Entscheidungsgründen zum zweiten Urtheile wurde unter Bezugnahme auf die Ergebnisse der Schrift von Stölzel (die Lehre von der op. nov. nunc.) deducirt, daß das inderdictum quod vi aut clam, wenn dasselbe auf ein verletztes Besitzinteresse sich stütze, im heutigen Rechte neben den possessorischen Interdicten keine selbständige Bedeutung mehr habe, daß aber das interdictum uti possidetis im vorliegenden Falle nicht begründet sei. Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 18. Mai 1867, jedoch in Betreff der principalen Klage aus folgenden Gründen:

Denn betrachtet man die Klage zunächst aus dem Gesichtspuncte eines interdictum quod vi aut clam, so rechtfertigt sich die völlige Abweisung, auch abgesehen von den der sententia a qua beigegebenen Motiven, schon aus dem Grunde, weil bereits actenmäßig vorliegt, daß der Appellat, indem er die streitige Planke errichtete, weder gegen Einspruch handelte, noch heimlich zu Werke ging. Der Magistrat, als Verkäufer der s. g. Schinderkuhlwiese, hatte ihm, als Käufer, in dem an Ort und Stelle abgehaltenen Traditionstermine, zu welchem auch

der Mitkläger D. geladen war, die Linie A — B des Grundrisses ad [4] prim. inst. als die Grenze des gekauften Areals gegen den zum klägerischen Grundstücke gehörenden Steig angewiesen. Wenn nun der Appellat zur Befriedigung der solchergestalt von einem Magistratsdeputirten unter Zuziehung eines Technikers ihm angewiesenen Grenze einen Bretterzaun herstellte, so trifft ihn der Vorwurf der Clandestinität in keiner Weise. Er durfte voraussetzen, daß der Magistrat die Breite des fraglichen Steiges, welchen die Stadt dem Großvater D.'s abgetreten hatte, kenne, und daß die demgemäß durch eine einfache Vermessung sich ergebende Grenzlinie die richtige sein werde. Er durfte ferner annehmen, daß ein von Seiten seiner jetzigen Proceßgegner etwa zu erhebender Widerspruch im Traditionstermine selbst geltend gemacht sein würde, also nicht mehr zu besorgen sei, da auf die an D. gerichtete Ladung keiner von beiden erschienen war. Daß dabei eine Anweisung und Abmarkung der Grenze vorkommen werde, konnte D. wissen, auch wenn es ihm nicht ausdrücklich gesagt war, weil darauf seine Adcitation und überhaupt der ausgesprochene Zweck des Termins von selbst hinwies. War das noch auf D.'s Namen stehende Grundstück damals bereits seinem Streitgenossen W. verkauft und tradirt, so durfte erwartet werden, daß dieser durch seinen Verkäufer rechtzeitig von dem bevorstehenden Termin benachrichtigt, oder in demselben vertreten sein werde. Darauf mußte der Beklagte, wenn er anders von der geschehenen Veräußerung bereits Kunde hatte, jedenfalls wenigstens gefaßt sein, und war nach Beendigung des Termins zu der Annahme berechtigt, daß keiner von beiden Klägern die Befriedigung der von Magistratswegen ermittelten und festgestellten Grenze hindern werde. So wenig der Beklagte hienach bei Herstellung der fraglichen Planke einer Clandestinität sich schuldig gemacht hat, so gewiß ist es auch, daß diese Vorrichtung eben so wenig als

ein opus vi factum im Sinne des Interdicts zu bezeichnen ist. Nach der Appellanten eigenen Darstellung des Herganges haben sie nämlich beide erst Einspruch gethan, als die Planke bereits fertig war, indem D. den Leuten, welche hernach die Mauer A — C des Grundrisses aufführten, eine Schnur zerriß und W. die mit dem Antheeren der Planke beschäftigten Arbeiter verjagte oder störte. Unter diesen Umständen ist der jetzt klagend verfolgte Anspruch, daß die Planke wieder weggenommen werde, mit dem interdictum quod vi, welches nur die Herstellung des zur Zeit der Prohibition vorhanden gewesenen Zustandes zum Gegenstande hat, offenbar nicht durchzusetzen.

II. Wa 77/1867. Strel. In einem anderen ähnlichen Rechtsfall war die rechtzeitig geschehene Prohibition außer Streit. Es handelte sich auch hier wieder um eine vom Beklagten errichtete Planke, deren Entfernung die klagenden Eheleute principaliter mit dem interdictum quod vi aut clam, eventualiter mit der Besitzstörungsklage erstreiten wollten. Der erste Richter erklärte die principale Klage für liquid, und verurtheilte daher den Beklagten, der zweite fand indessen auch hier wieder das Interdict bedeutungslos, weil nur ein verletztes Besitzinteresse in Frage stehe und legte den Klägern rücksichtlich der eventuellen Klage einen Beweis auf. Das Nähere erhellt aus den nachstehenden Entscheidungsgründen des vom Oberappellationsgericht am 24. October 1867 gesprochenen dritten Erkenntnisses, wodurch das erste wiederhergestellt wurde.

1. — Der Kläger fordert, theils für sich, theils im Namen seiner Ehefrau, daß der Beklagte verurtheilt werde, den Bretterzaun, welchen er unbestrittener Maßen am 14. Februar 1866 auf der Linie a. b. des bei der gerichtlichen Augenscheinseinnahme ad [2] pr. aufgenommenen Handrisses errichtet hat, wieder wegzunehmen und Alles wieder in den vorigen Stand zu setzen. Er bezeichnet

seine Klage als interdictum quod vi aut clam und erklärt dabei ausdrücklich, daß er von den ihm seiner Angabe nach zweifellos zustehenden petitorischen Rechtsmitteln im gegenwärtigen Processe keinen Gebrauch machen wolle. Dabei ist er auch im weiteren Verlaufe der Verhandlungen geblieben und hat nur zugegeben, daß seine Klage eventuell als inferdictum uti possidetis aufgefaßt werde.

2. — Die in der Theorie streitlose Grundlage des interdictum quod vi, daß ein gegen den durch Wort oder That erklärten Willen des Klägers hergestelltes opus in solo factum den Gegenstand des Rechtsstreites bilde,

L. 20 pr. § 1 D. h. t. (43, 24)

ist für den gegenwärtigen Rechtsfall liquide gestellt, da die Behauptung des Klägers, er habe in Begleitung seiner Ehefrau dem Beklagten, als er noch beim Einschlagen des ersten der drei zur Befestigung der Planke dienenden Pfähle beschäftigt gewesen sei, die Ausführung seines Vorhabens verboten, keinen Widerspruch gefunden hat. Daß ein solches Privatverbot nur dann auf Beachtung Anspruch hat, wenn der Prohibent bei dessen Befolgung interessirt ist, und daß dies Interesse kein bloß factisches, rechtlich unconstruirbares, oder auch nur rechtlich offenbar unbegründetes sein darf, versteht sich von selbst, und ist auch von den Anhängern der bisher über die Voraussetzungen des Interdicts herrschend gewesenen Lehre nicht verkannt worden. In diesem Betreff beruft sich der Kläger, soweit er in eigenem Namen klagt, auf die unbestritten gebliebene Thatsache, daß auf der Linie a b bisher eine offene Rinne sich befunden hat, welche zur Aufnahme und Abführung des in Klägers Keller sich sammelnden Wassers geeignet war und benutzt wurde. Sein Recht zu solcher Benutzung gründete er auf die freilich bestrittene Behauptung, daß „die Rinne zu seinem Grundstücke gehöre, auch von ihm stets aufgeräumt und unterhalten sei." Die hervorgehobenen

Worte weisen nicht auf eine dem Grundstücke des Klägers zustehende Servitut hin, sondern nehmen die Rinne selbst, also das von derselben eingenommene Areal, auf welchem jetzt die libellirte Planke steht, als einen integrirenden Theil des klägerischen Grundstücks in Anspruch, so daß der Hauptrechtsstreit mit der bei praediis urbanis die actio finium regundorum ersetzenden Eigenthumsklage auszumachen sein würde. Das factische Interesse seiner Ehefrau an der Durchführung des Interdicts findet der Kläger in dem durch den Augenschein liquide gestellten Umstande, daß durch das gegnerische opus der Zugang von seinem Hofe zu dem s. g. Wasser- und Garten-Steige afce des Handrisses, auf welchem die klagenden Eheleute bisher zu den jenseits der Moorstraße belegenen Grundstücken der Frau gelangten, versperrt wird. Die rechtliche Basis dieses Interesses bildet nach Klägers Angaben eine seiner Ehefrau beim Ankaufe jener auf dem Handrisse als „W.'s Garten und Scheune" bezeichneten Grundstücke vom Verkäufer, als Eigenthümer des im gegenwärtigen Rechtsstreite von dem Beklagten vertretenen Grundstücks, eingeräumte Wegegerechtigkeit.

3. — Während früher auf Grund der l. 1. pr. h. t. und der von den Quellenschriftstellern zu den dort mitgetheilten Edictsworten gegebenen Erläuterungen gewöhnlich angenommen wurde, daß das interdictum quod vi stets dann schon begründet sei, wenn das zu restituirende opus in solo factum gegen ein Privatverbot, welches auf ein rechtlich construirbares und nicht augenscheinlich grundloses Interesse des Prohibenten sich zurückführen lasse, errichtet sei, ist in neuester Zeit nach dem Vorgange Francke's (Archiv für civil. Praxis XXII., 14) die Ansicht, daß der Kläger dieses in seiner Person vorauszusetzende Interesse im Streitfalle zu beweisen habe, sehr lebhaft vertheidigt worden, wiewohl die Anhänger dieser neuen Lehre nicht in allen Puncten unter sich übereinstimmen.

Stölzel, Lehre von der op nov nunc. und dem interd. q. v. aut cl.
Derselbe, in Jhering's Jahrbüchern VIII S. 139 ff.
Karlowa, Beiträge zur Geschichte des röm. Civilproc. S. 89 ff.
Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts § 465.

Das in vorliegender Sache ergangene, jetzt angefochtene Erkenntniß beruhet ganz auf einer folgerichtigen Anwendung der von Stölzel entwickelten Grundsätze. Da der Kläger sein und beziehungsweise seiner Ehefrau angebliches Verbietungsrecht im gegenwärtigen Processe nicht zur Erörterung gebracht, sondern eventuell nur die Besitzesfrage in den Streit gezogen wissen will, nach Stölzel's Darstellung aber das interdictum quod vi aut clam, so fern es sich lediglich auf ein verletztes Besitzinteresse stützt, im neueren römischen und heutigen gemeinen Rechte neben dem interdictum uti possidetis keine selbständige Bedeutung mehr hat, so ist dem Kläger rücksichtlich der in eigenem Namen erhobenen Klage der Beweis auferlegt, daß er zur Zeit der Zuwerfung der libellirten Abflußrinne sich im Besitze derselben befunden habe. Die im Namen der Frau angestellte Klage ist dagegen trotz der behaupteten juris quasi possessio abgewiesen, weil die bei Eröffnung des Hypothekenbuchs über das dienende Grundstück nicht angemeldete Servitut in Folge der damals erkannten Präclusion erloschen sein würde, die factische Ausübung eines Rechtes aber, dessen Nichtexistenz bereits liquide vorliege, auf richterlichen Schutz keinen Anspruch habe.

4. — Nach der vom vorigen Richter befolgten Lehre gehört also zur Begründung des Interdicts neben den besonderen Voraussetzungen desselben auch das ganze Fundament derjenigen Klagen, mit welchen der Kläger, wenn er nicht prohibirt hätte, die Restitution des opus würde zu fordern haben. Er hat also mehr zu behaup-

ten und eventuell zu beweisen, als nöthig wäre, wenn er sogleich die parallele Klage anstellte. Dafür soll denn das Interdict den Vortheil gewähren, daß der Beklagte sich nicht auf ein „Gegenrecht", welches er sonst einredeweise geltend machen könnte, berufen darf, da nach den klaren Worten der l. 1 § 2. h. t. auf das jus faciendi des Beklagten nichts ankommt. Bisher ist gerade diese Stelle als ein Hauptargument dafür angesehen worden, daß ebensowenig ein nachweisbares jus prohibendi des Klägers vorausgesetzt werde. Denn Ulpian sagt hier ausdrücklich, das jus faciendi des Beklagten sei deshalb ohne Bedeutung, weil er aus dem Interdicte schon bloß wegen seines verbotswidrigen oder heimlichen Handelns hafte, indem es ihm obgelegen hätte, statt ein formelles Unrecht (injuriam) zu begehen, vielmehr sein Recht geltend zu machen. Wesentlich bestätigt wird diese Auffassung durch die quellenmäßige Begriffsbestimmung des clam facere. Eines heimlichen Handelns im Sinne des Interdicts macht sich schuldig, wer ein opus in solo unternimmt, ohne demjenigen, dessen Widerspruch (controversiam) er fürchtete oder zu fürchten Ursache hatte, von seinem Vorhaben Anzeige zu machen.

L. 3 § 7. D. h. t.

Also nicht darauf kommt es an, daß dem Handelnden ein Widerspruchs**recht** bekannt war, oder ohne Verschulden nicht unbekannt sein konnte. Die Pflicht zur Anzeige ist vielmehr schon dann begründet, wenn nur überhaupt eine Bestreitung des jus faciendi zu erwarten war, und unter diesen Umständen ist das ohne Anzeige ausgeführte Werk zu restituiren. Der Grund scheint auf den ersten Blick darin zu liegen, daß der, dessen jus faciendi streitfähig ist, durch thatsächliches Vorgehen dem Ergebnisse des künftigen Rechtsstreits nicht vorgreifen soll, und diese Erwägung trifft um so mehr dann zu, wenn das intendirte Werk durch eine dawider eingelegte

Prohibition bereits ausdrücklich bestritten worden ist. Ueberdies führt die neue Lehre, indem sie das jus prohibendi des Klägers in den Interdictenproceß hineinzieht, das jus faciendi des Beklagten aber davon ausschließt, zu dem wenig befriedigenden, jedenfalls mit den Principien des heutigen gemeinen Civilprocesses schwer zu vereinigenden Resultate, daß der Hauptstreit durch die Klage zwar sogleich eröffnet, aber gleichwohl nicht durchgeführt wird. In den Fällen, in welchen auf Grund einer liquiden Klage eine vorläufige Verurtheilung erfolgt und die illiquiden Einreden in separato zum Beweise verstellt werden, wird der Beklagte mit solchen Einreden doch wenigstens gehört, und die replicirende Erklärung des Klägers darüber erfordert; die Condemnation ist nur eine provisorische, und das Beweisverfahren nach dessen Beendigung dieselbe entweder definitiv bestätigt oder wieder aufgehoben wird, eine Forsetzung des anhängigen Processes. Es könnte auch vorkommen, daß einem liquiden Anspruche gegenüber eine auf einem illiquiden Gegenanspruche beruhende Einrede als solche nicht zugelassen würde und daher klageweise geltend gemacht werden müßte. Dagegen hat es etwas ungemein Befremdendes, daß einer illiquiden Klage gegenüber eine deren Rechtsfundament elidirende Einrede, selbst wenn sie liquide wäre, unzulässig sein sollte. Endlich findet sich in dem ganzen, von dem Interdicte handelnden Pandectentitel keine Stelle, welche darauf hinwiese, daß der Kläger das in seiner Person vorauszusetzende Interesse auch beweisen müßte; überall wird vielmehr die geschehene oder durch clam facere vereitelte Prohibition als alleiniger Grund der Klage hingestellt. Auch die von Stölzel angeführte l. 21. D. de aqua et aq. pluv. arcend. (39, 3) deutet nur an, daß ein bloß factisches Interesse nicht ausreiche läßt aber nicht erkennen, daß der Kläger in dem proponirten Rechtsfalle mit dem Interdicte nur

durchbringe, wenn er die confessoria actio damit cumulire.

5. — Diese gewichtigen Bedenken sollen nun durch die allerdings nahe liegende Betrachtung beseitigt werden, ein Privatverbot, welches auf ein bloß vorgegebenes und denkbares, aber in Wirklichkeit vielleicht gar nicht vorhandenes Interesse sich stütze, könne doch unmöglich den Erfolg haben, daß der davon Betroffene mit seinem Unternehmen so lange einhalten müsse, bis er selbst sein jus faciendi im Wege Rechtens erstritten habe. Bei der operis novi nunciatio ist freilich das im Uebrigen den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Verbot schlechthin zu befolgen, bis dasselbe vom Richter wieder aufgehoben wird, und der Nunciant braucht im Falle der Uebertretung das s. g. interdictum demolitorium nicht noch durch den Nachweis eines rechtlichen Interesses zu begründen; allein man findet dies unanstößig, weil der Nunciant in dem auf Antrag des Nunciaten einzuleitenden Remissionsprocesse sein jus prohibendi darzulegen hat, der Nunciat also nur auf kurze Zeit in der Ausführung seines Werkes unterbrochen wird und keinen processualischen Nachtheil erleidet, während man daran Anstoß nimmt, daß der Prohibirte in dem Hauptrechtsstreite die Klägerrolle übernehmen soll. Dieser Unterschied des Effectes der beiden in Rede stehenden außergerichtlichen Acte, der Nunciation und Prohibition, ist indessen auf Grund einer den Textesworten genau sich anschließenden Auslegung der viel besprochenen l. 5 § 10. D. de O. N. N. (39, 1) vom Standpunkte der bisher herrschend gewesenen Ansicht längst in völlig befriedigender Weise erklärt worden.

Vergl. u. A. Vangerow, Leitfaden Bd. III. § 677.

Ulpian bespricht in dieser Stelle die zur vorläufigen Verhinderung eines Bauunternehmens sich darbietenden Maßregeln. Will Jemand in meo bauen, so

kann ich mich zwar der operis novi nunciatio bedienen, allein das würde nicht rathsam sein, weil ich damit den Gegner als Besitzer anerkennen, ihm folglich für den Hauptrechtsstreit die Beklagtenrolle einräumen würde. Besser ist es daher, den Bau per Praetorem, also durch ein possessorisches Interdict oder per manum zu prohibiren. Die Meinung Windscheid's a. a. O. S. 338, wonach in diesem ersten Theile der Stelle von einer im Uebertretungsfall zum interdictum quod vi führenden Prohibition noch gar nicht die Rede ist, die Worte per manum vielmehr nur auf erlaubte Selbsthülfe hinweisen, ist entschieden selbst dann unrichtig, wenn der erläuternde Zusatz i. e. lapilli ictum für ein Glossem zu achten sein sollte. Der Schlußsatz et si forte p. p. beweist das Gegentheil, denn hier werden gerade die Rechtsmittel angegeben, welche gegen den, der in meo zu bauen fortfährt, zustehen, und wenn hier neben dem interdictum uti possidetis, welches den Uebertreter eines prätorischen Verbotes trifft, ausdrücklich das interdictum quod vi erwähnt wird, so kann damit nur der Fall der im Eingange hervorgehobenen prohibitio per manum bezielt sein. Ohnehin enthält ja ein mißlungener thätlicher Widerstand gegen die Fortsetzung eines opus unter allen Umständen eine zur Begründung des Interdicts völlig ausreichende Prohibition, und es wird daher das manum opponere dem wörtlich oder durch symbolischen Steinwurf erklärten Widerspruche durchaus gleichgestellt.

l. 20 § 1. D. h. t. (43, 24)

Unternimmt dagegen Jemand in suo einen mir nachtheiligen Bau, so muß ich nach Ulpian's Ausspruche zur Nunciation greifen. Die Worte: erit necessaria zwingen keineswegs zu der Annahme, daß für den Fall des Bauens in suo die Prohibition formell unstatthaft sei; die Nothwendigkeit der Nunciation erklärt sich schon einfach daraus, daß die Prohibition in diesem Falle

keinen sichern Erfolg verspricht, weil der Prohibirte sich derselben erwehren kann, ohne sein jus faciendi darzuthun. Das Mittel dazu bietet ihm, wie derselbe Quellenschriftsteller an einem andern Orte lehrt, das interdictum uti possidetis.

l. 3 § 2 h. t. (43, 17)

Die Prohibition gilt nämlich im Gegensatze zur Nunciation für einen Besitzesact, und stellt sich mithin, angewendet gegen den, der im Besitze der Sache oder des Rechts ist, als ein mit jenem Interdicte zu beseitigender Eingriff dar. Man hat freilich schon das unleidlich gefunden, daß der Prohibirte in Folge eines vielleicht ganz rechtswidrigen Einspruchs auch nur zu einer possessorischen Klage gedrängt werden soll; dagegen ist indessen zu bemerken, daß in einem Falle der vorliegenden Art, in welchem beide Theile den Besitz sich zuschreiben, das possessorium wesentlich die Function hat, den Hauptstreit durch Bestimmung der Parteienrollen vorzubereiten; daß aber in diesem präparatorischen Verfahren der Prohibirte als Kläger auftreten muß, entspricht der Billigkeit, da er es ist, der den bestehenden factischen Zustand, dessen Aufrechthaltung der Prohibent erstrebt, durch sein opus verändern will.

6. — Kommt es hiernach auf den Nachweis des Rechts, auf Grund dessen prohibirt worden ist, nicht an, und bedarf das rechtliche Interesse des Prohibenten beim interdictum quod vi aut clam keines besonderen Beweises, weil dasselbe ebenso wie bei der operis novi nunciatio nur darin besteht, daß der factische Zustand bis zur gerichtlichen Entscheidung über sein Widerspruchsrecht aufrecht erhalten werde, so ist der Anspruch des Klägers unzweifelhaft begründet und liquide. Dies gilt auch von der Namens seiner Ehefrau erhobenen Klage, da die von derselben behauptete Servitut nach Lage der betreffenden Grundstücke sehr wohl als be-

stehend gedacht werden kann, und die Präclusionseinrede, welche der vorige Richter liquide und zur Elidirung des possessorischen Rechtsmittels geeignet befunden hat, dem interdictum quod vi gegenüber bedeutungslos ist. Ohnehin würde dieselbe erst noch die Beantwortung einer weiteren als quaestio altioris indaginis zu bezeichnenden und im gegenwärtigen Rechtsgange entschieden nicht zu erörternden Frage erheischen. Hat O., von dem die Beklagten das angeblich dienende Grundstück gekauft haben, die fragliche Durchgangsgerechtigkeit constituirt, so fragt es sich noch, ob er die auf seinen Antrag erfolgte Präclusion für sich würde geltend machen können, ob er nicht vielmehr verpflichtet gewesen wäre, die nicht angemeldeten Lasten und Eigenthumsbeschränkungen, welche ihm bekannt waren, vor Allem also die von ihm selbst constituirten seinerseits anzugeben, und ob nicht die Ehefrau des Klägers, wenn das Grundstück zur Zeit der Prohibition noch auf O.'s Namen stand, trotz der Präclusion die Eintragung ihres Rechts probatis probandis hätte erstreiten können, sofern inzwischen erworbene dingliche Rechte dritter Personen dadurch nicht beeinträchtigt wurden.

---

65. Ueber das interdictum ne quid in flumine publico fiat.

Ba 165/1867. Strel. (vergl. Bd. V nr. 26.)

Der Bach, an welchem die Mühlen des Klägers liegen, fließt aus einem Landsee ab, zieht sich zunächst in vielen, zum Theil sehr scharfen Windungen durch das Gebiet des Beklagten und treibt sodann mehrere andere Mühlen, ehe

er zu denen des Klägers gelangt. Der Beklagte hatte nun den oberen Theil des Bachbettes von dem See abwärts auf eine beträchtliche Strecke grade legen und erheblich vertiefen lassen, und dem Besitzer der ersten Mühle gestattet, auf dieser Strecke ein Stauwerk anzulegen, dessen Schützen jedoch alljährlich nicht vor dem 1. November eingesetzt und noch vor dem ersten Mai wieder geöffnet werden sollten. Der Kläger fand sich durch diese Neuerungen beeinträchtigt und forderte mit dem interd. ne quid in flum. publ. fiat und der actio negatoria Herstellung des bisherigen Zustandes, indem er geltend machte, das Wasser fließe jetzt rascher ab als früher. Der während des Winters im See sich sammelnde Vorrath sei bisher das ganze Jahr hindurch seinen Mühlen zu gute gekommen, fortan werde aber im Frühling nach Oeffnung der Schützen ein so starker Abfluß Statt finden, daß im Sommer und Herbst ein empfindlicher Mangel eintreten müsse. Auf eine so starke Strömung seien überdies seine Mühlenwerke nicht eingerichtet und kämen daher in Gefahr, beschädigt oder weggeschwemmt zu werden. Endlich werde ihm auch das Einsetzen der Schützen im Spätherbst schaden, wenn es nach einem trockenen Sommer an Wasser fehle.

Der durch das erste Erkenntniß dem Kläger auferlegte Beweis erhielt durch das Urtheil des Oberappellationsgericht vom 17. October 1867 folgende veränderte Fassung:

entweder:

daß die Vertiefung des Bachbettes für die klägerischen Mühlen, oder eine derselben einen derartigen Wassermangel zur Folge hat, daß der Mühlenbetrieb nicht, wie bisher, ausgeübt werden kann;

oder:

daß in besonders wasserreichen Jahren nach Herausnahme der oberhalb der Mühlen angelegten Schützen die Stauwerke seiner Mühlen, oder einer derselben in Folge der durch die Bachvertiefung herbeigeführten stärkeren Strömung des Wassers Gefahr laufen, beschädigt oder weggeschwemmt zu werden.

Gründe:

1. — Die Beschwerde des Klägers, soweit sie dahin gerichtet ist, daß der Grund der von ihm angestellten Klagen, der actio negatoria und des interdicti ne quid in flumine publico fiat, für erwiesen anzunehmen sei, und deshalb eine Verurtheilung des Gegners hätte erfolgen müssen, erscheint unbegründet. Denn wenn auch auf Grund des beklagtischen Zugeständnisses die Thatsache streitlos geworden ist, daß das Wasser des Baches in Folge der Vertiefung des Bachbettes jetzt rascher fließe, als dies bisher der Fall gewesen ist, so genügt doch zur Begründung des gedachten Interdicts nicht schon der Umstand, daß das Wasser durch die von dem Beklagten gemachte Anlage eine verstärkte Strömung erhalten hat, sondern es ist erforderlich, daß letztere den Accolenten irgend einen Nachtheil bereite, wie dies aus

l. un. § 3 D. ne quid in flumine publico (43, 13)

klar hervorgeht. Daß ein solcher Nachtheil bereits eingetreten sei oder in Folge der Vornahme des Beklagten bevorstehe, ist von letzterem bestritten, und es kann dem Kläger nicht beigestimmt werden, wenn er davon ausgeht, daß derselbe mit solcher Nothwendigkeit aus der verstärkten Strömung folge, daß es dieserwegen eines Beweises nicht mehr bedürfe. Denn nicht ein jedes raschere Abfließen des Wassers hat die Wirkung, daß dem stromabwärts belegenen Müller die zum Betriebe erforderliche Wasserkraft entzogen wird, oder daß die Mühlenwerke desselben durch die verstärkte Strömung in Gefahr gebracht werden, es läßt sich sehr wohl denken, daß der raschere Lauf des Flusses ohne solche Nachtheile vorübergehe, und da nur das Eintreten der letzteren eine Klage für ihn begründet, so hat er dieselben nachzuweisen, sobald sie vom Gegner bestritten sind.

2. — Was sodann die von dem Kläger angestellte actio negatoria anlangt, so kann dieselbe für begründet nicht

geachtet werden. Selbst wenn die durch die libellirten Veränderungen des Bachbettes herbeigeführte stärkere Strömung als eine immissio aquae angesehen werden könnte, welche zur Erhebung dieser Klage berechtigte, so wäre es doch jedenfalls für die Begründung der letzteren nothwendig, daß ein Eingriff in das Eigenthum zur Zeit der Anstellung der Klage bereits eingetreten war, und nicht erst als gleichzeitige Folge einer anderen mitwirkenden, aber noch nicht in die Wirklichkeit getretenen Ursache bevorstand. Der Kläger leitet aber, wie aus seinen Anführungen in der Klage und in der Replik zu entnehmen ist, die raschere Abnutzung der Mühlenwerke und die Gefahr der Zerstörung der Stauwerke nicht schon aus der Vertiefung des Bachbettes allein her, sondern befürchtet diese Nachtheile alsdann, wenn in besonders wasserreichen Jahren bei einer Oeffnung der oberhalb seiner Mühlen angelegten Schützen das angesammelte Wasser in Folge der Vertiefung des Bachbettes mit erheblich größerer Gewalt und stärkerer Druckkraft als bisher zufließt. Daß dies bereits eingetreten sei, ist nicht behauptet, und eine wenn auch noch so nahe bevorstehende Eventualität ist nicht geeignet, sich als einen die Eigenthumsklage begründenden Eingriff darzustellen. — Ebensowenig charakterisirt sich der angeblich durch die Vertiefung des Bachbettes herbeigeführte raschere Abfluß und die dadurch verursachte Entziehung des zum Mahlbetriebe erforderlichen Wassers als eine Verletzung des Eigenthums an den Mühlen. Es ist bereits in der sententia a qua hervorgehoben, und es kann darauf hier Bezug genommen werden, daß das Wasser nur als das Mittel erscheint, um die Mühlen zu benutzen, und daß eine Einwirkung auf ersteres, welche den Gebrauch der letzteren erschwert oder unmöglich macht, nicht als eine Verletzung des Eigenthums an denselben sich darstellt. Zur Abwendung solcher Nachtheile ist nicht die actio negatoria gegeben, sondern es dient dazu das eigends

hierfür eingeführte interdictum ne quid in flumine publico fiat.

3. — Die vorige Sentenz hat nun diese letztere Klage insoweit für begründet gehalten, als Kläger dieselbe auf einen in Folge der Bachvertiefung für seine Mühlen eingetretenen Wassermangel stützt, dieselbe jedoch nach den weiter vom Kläger hervorgehobenen Richtungen, wonach die durch jene Vertiefung herbeigeführte verstärkte Strömung seine Mühlenwerke bei Oeffnung der oberhalb belegenen Schützen in besonders wasserreichen Jahren mit der Gefahr der Beschädigung, ja der Zerstörung bedrohe, und wonach weiter auch das Einsetzen der Schützen im Herbste einen Wassermangel unter Umständen herbeiführen werde, zurückgewiesen. Kläger beschwert sich darüber, daß ihm nicht mindestens der Beweis jener Gefährdung seiner Mühlenwerke aufgelegt sei, und erscheint diese Beschwerde als begründet.

Das Interdict ist gegeben, sobald die Anwohner durch die Veränderungen des flumen oder durch Vorrichtungen in demselben irgend einen Nachtheil erleiden, und wird es nicht erfordert, daß derselbe ein beträchtlicher sei, namentlich gewährt es seinen Schutz auch demjenigen, zu dessen Nachtheile (incommodo) die Strömung des Wassers erhöhet oder verstärkt ist. Ein solcher Nachtheil kann bereits in die äußere Erscheinung dadurch getreten sein, daß dem Grundstücke oder der Anlage des Accolenten schon eine wirkliche Beschädigung zugefügt ist, es kann aber die Sachlage auch die sein, daß eine solche Beschädigung erst bevorsteht, drohet, und das Interdict gewährt seinen Schutz nicht bloß im ersteren sondern auch im letzteren Falle, wenn solche Nachtheile als nothwendige und im gewöhnlichen Laufe der Dinge eintretende Folgen der Veränderung erscheinen. Es braucht alsdann der Eintritt derselben nicht abgewartet zu werden. Um so mehr muß dies gesagt werden, wenn der Accolent genöthigt ist, zur Abwendung

solcher drohender Gefahren besondere Vorkehrungen zu treffen, welche ihm nach einer andern Richtung Nachtheile bringen, oder die Aufwendung von Kosten auflegen, welche er sonst nicht gehabt hätte; denn es ist ihm dann schon ein gegenwärtig wirkender Nachtheil bereitet worden. In einer solchen Lage befindet sich der Kläger rücksichtlich seiner Mühlen, wenn er die von ihm aufgestellte Behauptung bewahrheitet, und es konnte ihm deshalb der Nachweis derselben nicht abgeschnitten werden. Wohin die demnächstige Verurtheilung des Beklagten gehen wird, und ob derselbe in diesem Falle die von dem Kläger erbetene vollständige Wiederherstellung des früheren Zustandes durch anderweitige zur Hebung der klägerischen Beschwerden geeignete Maßregeln wird abwenden können, darüber kann erst nach absolvirtem Beweisverfahren ein Ausspruch erfolgen.

66. Die Zulässigkeit und Bedingungen einer actio legis Aquiliae bei Amtshandlungen.

Mo 756/1866.

In einer Straße war auf Anordnung der Polizeibehörde eine Wasserleitungsröhre gelegt und der zu diesem Zwecke aufgenommene Damm nach der Behauptung des Klägers fehlerhaft wiederhergestellt. In Folge bald darauf eintretenden Regenwetters hatte sich an dieser Stelle ein Loch gebildet, und als der Kläger am Abend durch die Straße fuhr, waren die Pferde desselben, die in dies Loch traten, gestürzt, und erheblich beschädigt worden. Er belangte dieserhalb den Beklagten, dem als bürgerschaftlichen Administranten die Aus-

führung dieser Arbeit übertragen gewesen war, mit der actio legis Aquiliae, welche er schon dadurch begründen zu können glaubte, daß der Beklagte in Folge des ihm ertheilten Auftrags für die ordnungsmäßige Ausführung desselben verhaftet sei. Ob Beklagter diese Ausführung selbst geleitet, oder dieselbe einem Ingenieur übertragen gehabt hatte, war bestritten. — Das erste Erkenntniß wies die Klage angebrachtermaßen ab, das zweite legte dem Kläger neben dem Beweise der Fehlerhaftigkeit der Herstellung noch den Beweis auf, daß die Arbeiten unter der speciellen technischen Leitung des Beklagten ausgeführt seien und das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 11. Februar 1867 aus nachstehenden Gründen:

1. — Es ist von der sententia a qua mit Recht angenommen, und wird auch vom Beklagten nicht bestritten, daß, wenn letzterer bei der Ausführung des ihm vom Polizeiadministrationsdepartement ertheilten Auftrags so zu Werke gegangen ist, daß er dadurch dem Kläger einen Schaden im Sinne der lex Aquilia zugefügt hat, seine Qualität als städtischer Beamter und der ihm ertheilte Auftrag ihn gegen die actio legis Aquiliae nicht schützt, und es kommt daher auch nur darauf an, ob eine unter die Bestimmungen der lex Aquilia fallende Beschädigung durch den Beklagten vom Kläger behauptet worden ist.

2. — Der ursprüngliche Inhalt der lex Aquilia, welche ein damnum corpore corpori datum voraussetzt, ist allerdings in den Rechtsquellen nach verschiedenen Richtungen hin erweitert und es tritt danach eine Verhaftung für den durch eine Handlung herbeigeführten Schaden auch dann ein, wenn dieser Schade nur eine indirecte Folge jener Handlung war.

Demgemäß ist der Handelnde auch dann zur Erstattung des zugefügten Schadens verpflichtet, wenn der Schade nur dadurch entstanden ist, daß bei einer Handlung, welche möglicher Weise in ihren Folgen für einen

Dritten nachtheilig werden kann, diejenigen Vorsichtsmaßregeln versäumt sind, welche zur Abwendung dieses Erfolges erforderlich waren, und so kann denn auch der Hersteller eines opus utiliter mit der actio legis Aquiliae wegen des Schadens belangt werden, der durch die Fehlerhaftigkeit dieses opus einem Dritten zugefügt ist.

Dagegen halten die Quellen an dem Grundsatze fest, daß diese Klage ein facere d. h. eine positive Handlung des Beklagten voraussetzt, welche direct oder indirect die Beschädigung herbeigeführt hat, und dieselbe ist daher nicht statthaft, wenn das Verschulden des Beklagten nur darin besteht, daß er einen ohne sein Zuthun entstandenen Schaden nicht abgewandt hat, ihm also nur eine Unterlassung zur Last fällt.

Auf dieser in l. 13 § 2 Dig. de usufr. (7, 1) ausgesprochenen Voraussetzung beruht die Nothwendigkeit anderer Rechtsmittel, wie der cautio usufructuaria und der cautio damni infecti, und aus diesem Grunde unterscheiden sich auch die actio legis Aquiliae und die Contractsklage von einander dadurch, daß die erstere nur wegen der durch positive Handlungen des Beklagten herbeigeführten Nachtheile erhoben werden kann, während die letztere auch auf Erstattung desjenigen Schadens geht, der vom Beklagten lediglich durch Versäumung der ihm contractlich zur Abwendung etwaniger Beschädigungen obliegenden diligentia verschuldet ist.

Allerdings scheint die l. 27 § 9 Dig. h. t. (9, 2) auch in dieser Beziehung weiter zu gehen, indem danach die Klage auch gegen Denjenigen zugelassen wird, der bei der Bewachung eines von einem Anderen angezündeten Feuers nachlässig gewesen oder eingeschlafen ist.

Indeß würde, wenn man aus dieser Stelle den Satz ableiten wollte, daß Derjenige, der aus irgend einem Vertragsverhältnisse zu einem positiven Handeln verpflichtet ist, für seine Unterlassung nicht nur seinen Mitcontrahenten, sondern auch jedem Dritten für die daraus

für diesen entstehenden Nachtheile verhaftet ist, damit die actio legis Aquiliae nicht nur ein ihr nach den sonstigen Stellen nicht zustehendes unbegrenztes Anwendungsgebiet erhalten, sondern diese Annahme auch mit der Regel, daß durch Verträge nur zwischen den Contrahenten Rechte und Verpflichtungen begründet werden, im Widerspruch stehen. Der Inhalt der Stelle zwingt aber auch nicht dazu, da nach dem Zusammenhange mit dem im Eingange erwähnten Falle angenommen werden muß, daß der Jurist dabei nur den Fall im Auge hat, wo der dominus zwei Sclaven mit der Heizung des Ofens beauftragt hatte, und sich bei einem gemeinschaftlichen Handeln mehrerer Personen allerdings von selbst versteht, daß in Bezug auf Denjenigen, der das Feuer zu bewachen hatte, die Handlung des Anderen, der dasselbe angelegt hat, als seine eigene Handlung angesehen wird. Jedenfalls zeigen die Worte in dieser Stelle nam qui custodiit, nihil fecit, daß die actio legis Aquiliae ein facere zu ihrer Begründung voraussetzt und daß, wenn dieselbe hier nichts destoweniger für statthaft erklärt wird, dies nur in der besonderen Beschaffenheit dieses Falles liegt.

Hasse, Culpa § 6.

3. — Daneben unterliegt es keinem Zweifel, daß Jemand auch dann mit der actio legis Aquiliae belangt werden kann, wenn er die Schaden bringende Handlung nicht selbst vorgenommen, sondern durch einen Andern hat ausführen lassen. Es ist jedoch hierbei zu unterscheiden, ob der Auftrag direct auf die Schaden bringende Handlung gerichtet war, in welchem Falle der Auftraggeber unbedingt haftet, oder ob der erstere nur auf eine erlaubte und an sich oder bei gehöriger Sorgfalt in der Ausführung ungefährliche Handlung ging, der Beauftragte sich aber bei dieser Ausführung eines culposen Handelns schuldig machte und dadurch einem Dritten

Schaden zufügte, indem der Auftraggeber in einem solchen Falle diesem Dritten nur dann für den Schaden haftet, wenn er sich bei der Ertheilung des Auftrags einer culpa in eligendo schuldig gemacht hat.

4. — Daher ist die Ansicht des Klägers, daß der Beklagte ihm schon deshalb für den entstandenen Schaden hafte, weil derselbe von dem Polizei-Administrationsdepartement mit der Ausführung der fraglichen Arbeiten beauftragt und ihm zugleich die technische Leitung derselben übertragen war, unrichtig. Denn die Ertheilung und Annahme dieses Auftrages begründete zunächst nur eine Verpflichtung des Beklagten, der ihn beauftragenden Behörde gegenüber, und zur Begründung der actio legis Aquiliae mußte hinzukommen, daß der Beklagte den erhaltenen Auftrag auch in dieser Weise ausgeführt hat, also, wie dem Kläger zum Beweise verstellt worden, die fraglichen Arbeiten wirklich unter der speciellen technischen Leitung des Beklagten gemacht sind, oder, wenn er die Ausführung Leuten übertrug, bei denen die hierzu erforderliche Kenntniß und Sorgfalt nicht vorausgesetzt werden durfte.

Beides ist, wenn Beklagter, wie er behauptet, dem Cammeringenieur A. die technische Leitung übertrug und die Arbeiter resp. den B. anwies, den Anordnungen des A. Folge zu leisten, nicht der Fall, und kommt es für die vorliegende Klage auch nicht weiter in Betracht, ob Beklagter nach dem Inhalte des ihm ertheilten Mandats zu einer solchen Uebertragung der technischen Leitung an den Cammeringenieur A. befugt war oder nicht, weil Beklagter im letzteren Falle zwar der ihn beauftragenden Behörde gegenüber für die ordnungsmäßige Ausführung des ihm ertheilten Mandats verhaftet blieb, dagegen keine die actio legis Aquiliae gegen ihn begründende positive Handlung vorgenommen hat.

D. Familien- und Erbrecht.

67. Ueber die Bestellung einer Dos. Si 1535/$_{1865}$.

Die auf unbestimmte Zeit von ihrem Ehemanne getrennte Klägerin war, um den Versuch einer Aussöhnung zu machen, freiwillig in dessen Haus zurückgekehrt. Sie erhielt eine auf ihr väterliches Erbtheil eingegangene Summe Geldes dorthin nachgesandt, welche der Ehemann von der Post erhob und in der Wirthschaft verwandte. Die Klägerin hatte dies zwar geschehen lassen, forderte aber, nachdem sie in Folge neuer Mißhelligkeiten wieder fortgezogen war, Erstattung jener Summe. Der Beklagte weigerte sich, indem er dafür hielt, daß eine Dotalbestellung Statt gefunden habe. Er wurde indessen der Klagbitte gemäß verurtheilt und das Oberappellationsgericht verwarf durch Bescheid vom 3. Mai 1866 seine dawider gerichtete Appellationsbeschwerde.

Gründe.

Der Beklagte hat das an seine Ehefrau auf ihren väterlichen Erbtheil mittels der Post eingesandte Geld an sich genommen und in der Wirthschaft, deren Kosten er zu bestreiten hatte, verwandt. Sollte die Klägerin nun auch, wie er behauptet, mit diesem seinem Verfahren übereingestimmt, und es genehmigt haben, so würde damit doch nur die einstweilige Benutzung des Geldes gutgeheißen sein, so daß der Klägerin die beliebige Rückforderung frei geblieben ist. Das Factische, was er in der Vernehmlassung anführt, beschränkt sich aber auf jene Behauptung und schließt er nur hieraus auf eine dotis datio. Er meint, daß solche Hergabe des Geldes zu dem genannten Zwecke als dotis datio „aufzufassen", zu „betrachten" sei, da es einer ausdrücklichen Erklärung, etwas als dos zu geben, zu deren Bestellung nicht bedürfe.

Letzteres ist richtig, das Andere aber fehlsam. Immer muß zu entnehmen sein, daß der Gegenstand dem Ehemanne hingegeben worden, damit derselbe für die Dauer der Ehe als Beitrag zu den ehelichen Lasten diene. Aus der Genehmigung, daß der Beklagte das Geld zur Wirthschaft verwandt habe, ist hierauf gar nicht zu schließen. Allerdings deducirt er die Absicht seiner Ehefrau, das Geld ihm als dos zu geben, nicht bloß aus der Hingabe, sondern auch daraus, daß sie es ihm gelassen zu dem Zwecke, daß es als Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Haushalts diene. Aber hierin ist keine besondere Behauptung zu befinden, am wenigsten die Behauptung eines Vertrages dieses Inhalts. Das würde zu dem angeführten thatsächlichen Hergange und der wegen Mangels weiterer Verabredung nöthig gewordenen Schlußfolgerung nicht passen, und die Wendung, daß seine Ehefrau ihm das zur Wirthschaft verwandte Geld zu dem beregten Zwecke gelassen habe, läßt sich nicht füglich gebrauchen, wenn man sich auf einen Vertrag berufen will, wonach das Capital für die ganze Dauer der Ehe dem Manne verbleiben soll.

---

68. Bestellung einer Dos. Beweiskraft der Dotalquittungen im Concurse der Gläubiger des Ehemannes. Su 1544/1866.

Die Ehefrau des Cridars hatte neben ihrer als dos aestimata inferirten Naturalaussteuer „an baarem Heirathsgut" die Summe von 10,000 ℳ liquidirt, indem sie behauptete, daß ihr Vater im Januar 1863 2000 ℳ, am

27. Juni 1864 6000 ₰ und am 24. Juni 1865 abermals 2000 ₰ in der erklärten Absicht eine Dos für seine Tochter constituiren zu wollen, ihrem Ehemanne hingegeben habe. Den Beweis dieser vom Vertreter des Gläubigercorps bestrittenen Forderung trat sie durch die vom Tage der angeblich geschehenen Illation datirten, also ihrer Fassung nach sogleich beim Empfang der liquidirten Summen ausgestellten Quittungen des Mannes an. Diese Urkunden standen auf einem Blatte hinter der Empfangsbescheinigung über die bei Eingehung der Ehe eingebrachte Naturalaussteuer in chronologischer Ordnung und enthielten ohne nähere Angabe des Verwendungszwecks nur das Bekenntniß des Ausstellers, die bestimmte Summe „von seinem Schwiegervater für seine Frau" heute erhalten zu haben. Der letzten Quittung war noch ein den vorausgehenden fehlendes Zinsversprechen beigefügt.

Der erste Richter erklärte den Urkundenbeweis für völlig verfehlt. Auf Appellation der Liquidantin wurde ihr indessen über die Thatsache, daß ihr Vater ihrem Ehemanne respective im Januar 1863 und am 27. Juni 1864 die Summen von 2000 ₰ und 6000 ₰ als Heirathsgut hingegeben habe der Erfüllungseid auferlegt. Hiergegen appellirten beide Theile, indem die Liquidantin die zum suppletorium verstellte Thatsache voll bewiesen zu haben meinte, der Vertreter des Gläubigercorps dagegen die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses erstrebte. Das Oberappellationsgericht verwarf die Beschwerde beider Parteien durch Bescheid vom 13. Februar 1868 aus folgenden Gründen:

Der von der Liquidantin unternommene Urkundenbeweis ist nach Maßgabe der beiderseits aufgestellten Beschwerden nur noch in so fern einer weiteren richterlichen Prüfung zu unterziehen, als festzustellen ist, ob und in welchem Grade diejenigen Thatsachen, auf welche der in der sententia a qua geforderte Erfüllungseid sich bezieht, durch die entsprechenden schriftlichen Empfangsbekenntnisse des Cridars bewiesen werden. Diese anerkanntermaßen von ihm eigenhändig geschriebenen und unter-

zeichneten Urkunden stehen auf der Anlage **B.** ad [10] der Debit-Acten in chronologischer Ordnung zwischen zwei anderen, von denen die ältere auf die, für die gegenwärtige Entscheidung nicht unmittelbar in Betracht kommende Naturalaussteuer der Liquidantin sich bezieht, die jüngere aber, wie die Liquidantin in ihrer Rechtfertigungsschrift jetzt selbst anerkennt, wegen des darin enthaltenen Zinsversprechens nicht beweist, daß auch die angeblich am 24. Juni 1865 dem Cridar gezahlten 2000 ₰ demselben in dotem gegeben seien. Es ist also zuerst der Sinn, und sodann die Beweiskraft der beiden mittleren, vom Januar 1863 und vom 27. Juni 1864 datirten Empfangsbekenntnisse zu bestimmen. In beiden bezeichnet der Aussteller den Rechtsgrund der entgegengenommenen Leistung ganz eben so, wie in der voraufgehenden und nachfolgenden Quittung, lediglich mit den an sich unzureichenden Worten, er habe die Summen zu der angegebenen Zeit „von seinem Schwiegervater für seine Frau" erhalten. Sind dem Cridar dieser seiner Erklärung gemäß die in Rede stehenden beiden Capitalien f ü r s e i n e F r a u von deren Vater ohne ausdrückliche Zweckbestimmung, aber auch ohne jeden Vorbehalt und ohne Gegenleistung übergeben worden, so ist mit der sententia a qua und den dort citirten Schriftstellern unbedenklich anzunehmen, daß die Bestellung einer dos beabsichtigt gewesen sei. Jeder andere Zweck, den die Hingabe des Geldes etwa sonst noch gehabt haben könnte, würde einer besonderen Erwähnung bedurft haben und auch von rechtsunkundigen Personen nicht unausgesprochen geblieben sein. Dies ist ohne Weiteres klar, wenn es sich etwa um die Tilgung einer Schuld, um ein Depositum, oder um die Ausrichtung eines Mandats gehandelt hätte, namentlich auch dann, wenn der Cridar die ihm eingehändigten Capitalien als ein Sondergut seiner Frau für deren Rechnung hätte verwalten sollen. Eine solche Behandlung des in die Hand des Mannes gelegten Frauengutes versteht sich nach

deutscher Rechtssitte niemals von selbst, sondern setzt immer eine besondere Vereinbarung voraus, in deren Ermangelung die Intention zu supponiren ist, daß der Mann das vorbehaltlos inferirte Frauengut für sich zu nutzen und über die fahrende Habe, wenigstens soweit dieselbe aus fungiblen Sachen besteht, auch der Substanz nach, unter der Verpflichtung dereinstiger Restitution zu verfügen habe. Bei Ehen, für welche das römisch-rechtliche System der Gütertrennung gilt, weist demnach die vorbehaltslose Illation von Frauengut auf die beabsichtigte Bestellung einer dos hin, und die Vermuthung, daß eine solche Absicht obgewaltet habe, steigert sich zur Gewißheit, wenn dem Manne von der Frau oder für dieselbe eine nicht unbeträchtliche Summe baaren Geldes ohne Zweckbestimmung, ohne specielle Sicherheitsleistung und ohne eine auf die Zeit der Rückzahlung und die Kündigungsbefugniß bezügliche Nebenabrede behändigt worden ist; wie denn schon nach römischem Rechte in solchem Falle die vorbehaltslose Hingabe filiae nomine die ausdrückliche Erwähnung des Dotalzweckes entbehrlich machte.

Hasse, Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Rechte §§ 89, 118.

Wenn nun nach dem bisher Gesagten den vorliegenden Urkunden die Bedeutung von Dotalquittungen nicht abgesprochen werden kann, so ist weiter zu untersuchen, welche Beweiskraft denselben den Concursgläubigern des Ausstellers gegenüber zukomme. Diese durch specielle gesetzliche Bestimmung nicht entschiedene, äußerst controverse Frage ist als eine quaestio facti zu behandeln und für jeden einzelnen Fall nach den Erwägungen, welche unter Anderen Glück, in seinem Pandectencommentar Bd. 27 Seite 339 ff., in überzeugender Weise als maßgebend aufgestellt hat, zu beantworten. Der nahe liegende Verdacht, daß der Cridar durch unwahre An-

gaben seine Gläubiger zu Gunsten seiner Ehefrau und zugleich im eigenen Interesse habe verkürzen wollen, drängt sich um so stärker auf, je kürzer der zwischen der Ausstellung der Quittung und der Concurseröffnung verflossene Zeitraum ist, und kann als völlig gehoben nur dann angesehen werden, wenn das Bekenntniß „durch Angabe und Constatirung von Verhältnissen, welche dessen Wahrheit begründen", positiv beglaubigt ist. Bloß deshalb, weil die Ausstellung in eine Zeit fällt, welche nach Lage der Acten als eine unverdächtige bezeichnet werden muß, der bestimmte Argwohn einer betrügerischen Absicht sich mithin nicht begründen läßt, darf der im Concurse producirten Dotalquittung, namentlich wenn dieselbe sich auf ein erst nach längerem Bestande der Ehe gegebenes augmentum dotis bezieht, volle Beweiskraft nicht beigelegt werden; dagegen wird der in solchem Falle allein übrigbleibende allgemeine Verdacht einer Collusion durch den Erfüllungseid genügend beseitigt. Für den vorliegenden Fall hat der curator bonorum gegen die Zulassung der Liquidantin zu solchem Eide gegenwärtig noch das, schon in den Entscheidungsgründen zur sententia a qua besprochene, Bedenken geltend gemacht, daß das den einzelnen Empfangsbekenntnissen der Anlage B. ad [10] cit. vom Cridar beigefügte Datum jedenfalls noch einer anderweitigen Beglaubigung bedurft habe, um die für die Beweiskraft dieser Documente entscheidend in Betracht kommende Zeit der Abfassung vor Allem außer Zweifel zu stellen. Dagegen ist zu bemerken, daß der curator bonorum die Richtigkeit des Datums der Quittungen weder früher noch in jetziger Instanz in bestimmter Weise bestritten, sondern immer nur zu zeigen gesucht hat, die fraglichen Urkunden seien für das Beweisthema deshalb bedeutungslos, weil die Dotalqualität der verbrieften Summen nicht ausdrücklich erwähnt sei. Unter diesen Umständen hatte die Liquidantin keine Veranlassung, die zur Verificirung der Daten ihr

etwa zu Gebote stehenden Beweismittel rechtzeitig anzugeben und herbeizuschaffen; es kann aber nicht als statthaft gelten, daß der curator bonorum erst jetzt, nachdem er durch das vorige Urtheil auf die Wichtigkeit der Zeitangabe hingewiesen ist, und zwar immer noch ohne mit Bestimmtheit eine gegentheilige Behauptung aufzustellen, dieserhalb Zweifel anregt, welche durch die dem vorigen Urtheile entnommene, übrigens richtige Bemerkung, daß die drei ersten Quittungen in den Schriftzügen und der verwendeten Tinte eine auffallende Uebereinstimmung zeigen, nicht ausreichend motivirt sind. Die Gleichheit der Schriftzüge hat bei Urkunden, die von derselben Hand herrühren, nichts Befremdendes, während die Verwendung einer gleichmäßig mißfarbigen Tinte auf mancherlei zufälligen Umständen beruhen kann und jedenfalls kein irgend wie stringentes Indicium dafür abgiebt, daß die Urkunden gleichzeitig niedergeschrieben seien.

---

69. Malitiosa desertio. Ha 857/1867.

Die Ehefrau des Matrosen X. hatte während der Abwesenheit ihres Mannes einen Ehebruch begangen. Als der Mann nach seiner Rückkehr hiervon Kunde erhielt, erklärte er, daß er nun von seiner Frau sich ganz lossage, ging sodann, ohne auf Scheidung geklagt zu haben, wieder zur See und brach seitdem jeden Verkehr mit der Frau völlig ab. Nun erhob diese eine Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung, wurde damit aber sofort zurückgewiesen. Das Oberappellationsgericht bestätigte diese Entscheidung unterm 15. Juli 1867 und bemerkte dazu:

Der Beklagte hat der Klägerin den in seiner Abwesenheit gewährten Unterhalt erst entzogen, auch seine Intention, die eheliche Gemeinschaft mit ihr nicht fortzusetzen, erst hervortreten lassen, nachdem sie sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hatte. Ist nun auch eine eigenmächtige Trennung der Eheleute unstatthaft, so kann doch nach cap 4 X de divortiis (4, 19) eine von dem Mann wegen Ehebruchs verstoßene Frau ihre Wiederaufnahme von Seiten des Mannes nicht erzwingen, weil dem letzteren ein liquider Anspruch auf Separation zur Seite steht. Dies muß auch nach protestantischem Rechte gelten, nach welchem der Anspruch des verletzten Theiles ein noch weiter gehender ist. Eine Ausnahme tritt nach cap. 4, 5 eod. nur ein, wenn letzterer sich später gleichfalls eines Ehebruchs schuldig macht. Wenn daher ihr Mann aus jenem Grunde die eheliche Gemeinschaft nicht fortsetzt und ihr auch sonst seine Beihülfe entzieht, so kann dies Verhalten desselben, weil sie durch den Ehebruch ihr Recht auf das fernere Zusammenleben verwirkt hat, nicht als bösliche Verlassung bezeichnet werden.

---

70. Ueber die Vermögensstrafen bei Ehescheidungen. Mu 703/1863

Nachdem die Ehe des quiescirten Försters M. auf Grund eines von ihm begangenen Ehebruchs geschieden war, forderte die Frau zur Strafe der von dem Manne verschuldeten Scheidung den Nießbrauch an einem Viertel seines Vermögens, da die Proprietät an dieser herauszugebenden Vermögensquote den Kindern aus der aufgelösten Ehe gebühre. Daß der Beklagte außer der bei seiner Dienstent-

lassung ihm bewilligten Pension von 900 ₰ pro anno nichts habe, war von vorn herein streitlos, dagegen wurden in diesem Processe die beiden Rechtsfragen sehr lebhaft erörtert: 1. ob die Pension als ein für die Scheidungsstrafen in Betracht kommendes Object zu betrachten sei, und 2. ob, wenn dies der Fall sein sollte, die Klägerin dem Beklagten eine cautio usufructuaria zu bestellen habe.

In dem Erkenntnisse vom 13. Juli 1865, durch welches die in zweiter Instanz bereits erfolgte reine Verurtheilung des Beklagten bestätigt wurde, sprach sich das Oberappellationsgericht über diese Fragen folgendermaßen aus:

1. — — — — —

2. Die Pension eines in den Ruhestand versetzten Beamten ist eine in Anerkennung der bisher geleisteten guten Dienste nach Gesetz, oder auch aus Gnade constituirte Leibrente. Nun fassen bekanntlich die Römischen Juristen eine Leibrente, welche Gegenstand eines Vermächtnisses ist, nicht als ein einheitliches Ganzes, sondern als eine unbestimmte Zahl einzelner Zuwendungen auf, deren jede eine terminliche Leistung zum Gegenstande hat. Nur das erste dieser mehreren Legate ist ein unbedingtes, alle übrigen sind an die Suspensivbedingung geknüpft, daß der Bedachte den Fälligkeitstermin erlebe. l. 4 D. de annuis legatis (33, 1). Die Consequenzen, welche die Anwendung dieser Betrachtungsweise auf den vorliegenden Fall für die Intentionen der Appellatin haben würde, brauchen indessen nicht gezogen zu werden. Die Auflösung einer Leibrente in eine Reihe einzelner selbständiger Obligationen ist nämlich eben nur bei Vermächtnissen aus besonderen Gründen angenommen (cfr. Savigny, System Bd. III Seite 224), während übrigens im heutigen Rechte der aus einem einheitlichen Rechtsacte entspringende Anspruch auf lebenslang zu beziehende terminliche Präſtationen auch juristisch als ein Ganzes aufzufassen ist, dergestalt, daß das einheitliche Recht auf die Rente im Ganzen durch den Tod des

Berechtigten zeitlich begrenzt, das Recht auf die einzelnen Raten aber innerhalb des damit durch einen dies incertus ad quem limitirten Zeitraumes bis zu den einzelnen Fälligkeitsterminen nur betagt, aber nicht weiter suspensiv bedingt sein würde.

3. Mag indessen immerhin der Pensionsanspruch des Appellanten als eine Reihe einzelner Forderungen aufgefaßt werden, deren jede, mit Ausnahme der ersten, durch das Erleben eines Fälligkeitstermines suspensiv bedingt sei, so kommt dann weiter in Erwägung, daß der constituirende Rechtsact, welcher alle diese Forderungen begründete, der Ehescheidung voraufgegangen war, daß daher zur Zeit derselben die noch nicht fälligen Raten doch jedenfalls als bedingte Forderungen zum Vermögen des Appellanten gehörten, und deshalb für die Eventualität des Eintritts der schwebenden Bedingung mit in Anschlag gebracht werden mußten, wie Dies mit bedingten Rechten stets geschieht, wenn die Größe des in einem bestimmten Momente vorhandenen Vermögens ermittelt und festgestellt werden soll. Eben deshalb kommt auch darauf Nichts an, ob dem Appellanten für seine Lebensdauer ein festes, höchstens durch eigene Schuld zu verwirkendes, oder ein nach freiem Ermessen des Verleihers widerrufliches Recht auf den Bezug der Pension zu Theil geworden ist; da soviel gewiß ist, daß nicht jede fällig werdende Rate von Neuem verliehen wird, sondern die erste Verleihung bis zu einem, von dem Appellanten als möglich hingestellten, bisher aber nicht erfolgten Widerrufe fortwirkt.

4. Wenn der Appellant ferner geltend macht, daß der Pensionsanspruch ein höchst persönlicher und als solcher nicht übertragbar sei, so ist, was zunächst die herangezogene Analogie der Alimente betrifft, zu erwidern, daß solche Ruhegehalte dem entlassenen Beamten nicht bloß für seinen persönlichen Unterhalt, sondern zugleich für seine Familienglieder, deren Alimentation ihm obliegt,

gewährt werden. Hört nun mit der Lösung des Ehebandes diese Verbindlichkeit der geschiedenen Frau gegenüber auf, so entspricht es gerade dem Zwecke der Pension, der unschuldig geschiedenen Frau auch an diesem Vermögensobjecte des an der Scheidung schuldigen Mannes die ihr gesetzlich zukommende Quote zu überweisen. Ob solcher Ueberweisung das in dem Edicte vom 18. Mai 1757 sub 6b ausgesprochene Verbot der Verschreibungen noch nicht fälliger Salarien und Gnadengelder entgegenstehen würde, braucht nicht untersucht zu werden, da diese Vorschrift durch die Verordnung vom 21. Juli 1837 aufgehoben ist, und der der Appellatin zuzusprechende Pensionsantheil das nach diesem neueren Gesetze erlaubte Maß noch nicht erreicht. Würde hiernach einer gerichtlichen Ueberweisung des vierten Theils der Pension Nichts im Wege stehen, so kann es für den Appellanten auch weiter nichts Beschwerendes haben, daß es nach Bestimmung der sententia a qua ihm überlassen bleiben soll, die entsprechenden Summen vierzehn Tage nach der Vereinnahmung jeder Rate selbst der Appellatin auszuzahlen, da dies begreiflicher Weise im Vergleich zu der Verbindlichkeit, die Forderung selbst abzutreten, ein minus ist, und der Appellant, wenn er es vorziehen sollte, seiner geschiedenen Frau den vierten Theil der Pension durch Cession zu überweisen, durch die Rücksicht auf die sententia a qua daran nicht gehindert sein würde.

5. — — — — — —

6. Endlich ist auch sein eventuelles Begehren, daß die Appellatin ihm eine Caution leiste wegen Rückerstattung der ihr auszuzahlenden Summen nach beendetem Nießbrauche mit Recht zurückgewiesen worden. Was er in jetziger Instanz gegen die betreffenden Ausführungen der sententia a qua geltend macht, beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, als ob die Kinder aus der geschiedenen Ehe wegen der ihnen an dem Objecte der

Scheidungsstrafe zustehenden Proprietät gegen den schuldigen Parens überhaupt irgend wie eine Klage hätten. Dies ist durchaus nicht der Fall. Das Recht auf die Scheidungsstrafe gebührt nur dem unschuldigen Ehegatten, und erst, wenn dieser von seinem Rechte Gebrauch macht, fällt den Kindern die Proprietät an den ihm poenae nomine abgetretenen Objecten zu, so daß die Kinder in diesem Betreff nur mit dem unschuldig geschiedenen Parens in rechtliche Beziehung kommen.

71. Cura absentis. Su 221/1866. strel.

Die im Jahre 1850 verstorbene D. M. zu H. in Mecklenburg-Schwerin war von den vier Kindern ihres Bruders beerbt worden. Die zu dem Nachlasse gehörenden Grundstücke waren schon im folgenden Jahre auf diese Erben im Stadtbuche umgeschrieben worden. Nach geraumer Zeit erhielt der gerichtlich bestellte Nachlaßcurator von dem Erbschaftsgerichte die Weisung den Verkauf dieser Grundstücke zu bewirken und durch Theilung des Erlöses die Aufhebung der noch immer fortbestehenden Rechtsgemeinschaft zu erwirken. Er klagte in Folge dessen gegen eine Miterbin, welche der Ausführung dieser Maßregel widersprochen hatte, in foro domicilii derselben, erhielt aber den Bescheid, als Nachlaßcurator stehe ihm eine Erbtheilungsklage gegen einen Miterben nicht zu und erklärte nunmehr, daß er in seiner Eigenschaft als gerichtlich bestellter Curator des abwesenden Miterben Friedrich M. die actio communi dividundo gegen die Beklagte, welche die von den übrigen Interessenten beschlossene Theilung verweigere, anstellen wolle. Die Beklagte

bekämpfte hauptsächlich die Activlegitimation des Klägers, indem sie hervorhob, als Nachlaßcurator sei er bereits zurückgewiesen und als Curator ihres abwesenden Bruders fehle ihm die obervormundschaftliche Ermächtigung zur Klage, auch sei ein solcher Curator nach einheimischem Rechte nur zur Vermögensverwaltung, nicht aber zur persönlichen Vertretung des abwesenden, insbesondere nicht gegen den Willen der nächsten Intestaterben zur Erhebung von Theilungsklagen berufen. In Berücksichtigung dieses in den beiden früheren Instanzen zurückgewiesenen Einwandes wurde die Klage vom Oberappellationsgerichte durch Erkenntniß vom 26. November 1866 angebrachter Maßen abgewiesen.

Gründe.

1. — Die vorliegende Klage ist gegen die Appellantin in ihrer unbestrittenen Eigenschaft als Miterbin des Nachlasses der im Jahre 1850 verstorbenen D. M. und Miteigenthümerin der zu dieser Erbschaft gehörenden Grundstücke erhoben und darauf gerichtet, daß sie zum Zwecke der Auflösung dieser unter den Erben noch bestehenden Rechtsgemeinschaft in den Verkauf der Grundstücke, welche bereits im Jahre 1851 im Stadtbuche auf die Namen der Erben geschrieben sind, einwillige. Zur Anstellung einer solchen Klage, die sich hiernach als actio communi dividundo darstellt, ist der Appellat durch eine ihm als „Curator für die Verwaltung des D. M.'schen Nachlasses" vom H.'er Magistrate gemachte Auflage veranlaßt worden, hat dann aber, da er wegen mangelnder Activlegitimation a limine judicii abgewiesen wurde, erklärt, den Proceß als Curator des abwesenden Miteigenthümers F. M., als welchen er sich durch das gleichzeitig beigebrachte Erbenzeugniß auswies, führen zu wollen, und ist darauf hin, des Widerspruches der Appellantin ungeachtet, durch die beiden bisher ergangenen Erkenntnisse als zur Sache legitimirt angenommen

worden. Zwar haben die Verfasser des vorigen Urtheils die Ansicht des ersten Richters, daß der Curator eines Verschollenen schon durch sein Amt ermächtigt sei, für seinen Curanden in Rechtsstreiten jeder Art klagend vor Gericht aufzutreten, namentlich dann bedenklich gefunden, wenn es sich wie hier, um die Veräußerung von Grundstücken handelt; allein sie bezweifeln nicht, daß jedes derartige Bedenken gehoben sei, so oft der Curator mit obervormundschaftlicher Genehmigung klage, und finden, daß diese Voraussetzung für den gegenwärtigen Proceß durch die oben erwähnte Verfügung des H.'er Magistrats erfüllt sei, da diese Behörde mit der von ihr als Erbschaftsgericht angeordneten Maßregel auch als Obervormundschaft einverstanden sein müsse. Die Appellantin will diesen Schluß nicht gelten lassen. Es braucht indessen auf ihre Gegenargumente nicht eingegangen zu werden, weil sich sogleich ergeben wird, daß der Appellat selbst dann nicht ausreichend zur Sache legitimirt sein würde, wenn der von ihm beigebrachte Erlaß des Magistrats ausdrücklich als ein obervormundschaftlicher bezeichnet und an ihn als Curator des abwesenden Miteigenthümers der fraglichen Grundstücke gerichtet wäre. Durch obervormundschaftliche Autorisation können nur Handlungen des Curators legalisirt werden, welche an und für sich zu seinen Functionen gehören; dahin ist aber die Anstellung einer Klage der vorliegenden Art nicht zu rechnen.

2. — Das heutige Verschollenheitsrecht, über dessen geschichtliche Entwickelung im Allgemeinen die Abhandlung von **Bruns** in Bekkers und Muthers Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 1 S. 90 ff. zu vergleichen ist, beruht auf einer unorganischen Vermischung römischer und deutscher Elemente. Nach Deutschem Rechte wurde das Vermögen abwesender Personen, die für verschollen zu achten waren, d. h. so lange von ihrem ferneren Verbleiben keine Nachricht gegeben hatten, daß die Fort-

dauer ihres Lebens erheblichen Zweifeln unterlag, — Pfeiffer, Pract. Ausführungen Bd. IV. S. 352 — nicht unter eine Cura gestellt, sondern sofort den Erben zur eigenen freien Verwaltung und Nutzung, wenn gleich einstweilen nur provisorisch und gegen Caution überlassen.

Vergl. Kraut, Vormundschaft Bd. II § 63 und die dort citirten Schriftsteller.

Dieser Grundsatz wurde durch die Reception des römischen Rechts nicht völlig verdrängt, aber dadurch wesentlich modificirt, daß der Gesichtspunct einer anticipirten oder provisorischen Erbfolge aufgegeben ward. Von einer Beerbung sollte überhaupt nicht die Rede sein können, so lange der Tod des Erblassers nicht bewiesen oder auf Grund einer positiven Rechtsvermuthung bis zur Erbringung des Gegenbeweises anzunehmen wäre. Gleichwohl blieb es aller Orten bei der vorläufigen Besitzeinweisung derjenigen Personen, welche den Verschollenen, wenn er bereits gestorben sein sollte, beerben würden. Indessen wurde ihre Vermögensverwaltung fortan nur als eine Cura aufgefaßt, welche aber freilich allen nach obiger Regel dazu berufenen Personen, auch wenn sie die zur Uebernahme einer Curatel sonst erforderlichen Eigenschaften nicht besitzen, sogar wenn sie selbst bevormundet sind und die Cura nur durch ihre gesetzlichen Vertreter ausüben können, übertragen werden müsse. Endlich wurden diesen Curatoren, mit Rücksicht auf ihr Erbrecht, in Betreff der persönlichen Vertretung des Vorschollenen und der Befugniß zu Veräußerungen in der Regel mehr Rechte zugeschrieben, als eine gewöhnliche cura bonorum mit sich bringt.

Kraut, a. a. O. S. 252.

3. — Für das einheimische Particularrecht ist diese im Einzelnen, namentlich auch in den zuletzt hervorgehobenen Puncten, sehr controversenreiche Rechtsmaterie durch die

in beiden Landestheilen wesentlich gleichlautend publicirte Verordnung von 17⁷⁴/₇₉ zum Abschluß gebracht. Nach diesem Gesetze wird das Vermögen Verschollener zunächst einem von der competenten Obrigkeit zu bestellenden Curator zur treuen Verwaltung gegen Caution übergeben. Dabei tritt der Gesichtspunct einer provisorischen Beerbung hinter den der Verwaltung eines fremden Vermögens zurück, wiewohl die deutschrechtliche Auffassung des Verhältnisses sich noch in einzelnen Puncten geltend macht. Dahin gehört vor Allem die Vorschrift, daß der Curator aus den nächsten Anverwandten des Verschollenen, wenn solche im Lande vorhanden sind, und unter ihnen eine zur Uebernahme der Curatel geeignete Person sich befindet, genommen werden soll. Nach einer an den Magistrat zu Grabow ergangenen Regiminalentscheidung vom 12. Februar 1783 (Parch. Ges. Sammlung, I. S. 252) kann die Cura allerdings Weibern übertragen werden; ausgeschlossen bleiben aber alle unselbständigen Verwandten und überhaupt alle diejenigen, welche nach obrigkeitlichem Ermessen die nach Maßgabe der Bedeutung des Vermögens erforderliche Sicherheit nicht bieten können. Ferner soll der zum Curator bestellte Verwandte nach Ablauf der ersten 15 Curateljahre statt des bis dahin ihm zu gewährenden festen Honorars alle Nutzungen des ihm anvertrauten Vermögens zu genießen haben. Auch daran haben also nach dem Wortlaute des Gesetzes die übrigen vom erbrechtlichen Standpuncte aus gleichberechtigten Personen keinen Theil, wiewohl ein an die Justiz-Canzlei zu Schwerin erlassenes Regiminal-Rescript vom 22. Juli 1808 den Grund der gesetzlichen Bestimmung in der successio ab intestato findet und die im vorliegenden Falle freilich nicht normirende strelitzische Verordnung vom 17. Decbr. 1840 aus demselben Grunde auch die nicht zur Curatel mitberufenen nächsten Verwandten an der Nutzung Theil nehmen läßt. Die Gründe welche dahin geführt haben,

dem curator absentis in Verschollenheitsfällen eine freiere, über das gemeinrechtliche Maß einer gewöhnliche Güterpflege hinausgehende Stellung einzuräumen, sind hiernach für das mecklenburgische Recht nicht mehr in vollem Maße wirksam. Positive Bestimmungen, welche darauf hinweisen, daß die Verwandtencuratel über Verschollene rücksichtlich der Dispositionsbefugniß mehr sein solle, als eine gemeinrechtliche cura bonorum absentis enthält das Gesetz nicht; wohl aber beweist die Aufnahme des anomalen Satzes, daß jede dem Abwesenden während der Dauer seiner Verschollenheit anfallende vortheilhafte Erbschaft ipso jure erworben werde, wie wenig der Gesetzgeber daran gedacht habe, den Curator als persönlichen Vertreter des absens gelten zu lassen. Wenn nun gar, wie es im vorliegenden Falle geschehen zu sein scheint, in Ermangelung eines geeigneten Verwandten nach § 8 leg. cit. eine andere sichere Person zum Curator bestellt wird, so ist vollends jeder Zusammenhang mit dem älteren deutschen Rechte abgeschnitten. Daß in solchem Falle rücksichtlich der Vermögensverwaltung andere Grundsätze normiren sollen, als wenn ein Angehöriger die Curatel führt, deutet das Gesetz nirgends an.

4. — Nach römischem Rechte hat der curator bonorum absentis wesentlich nur die Aufgabe, das ihm anvertrauete Vermögen zu bewahren und muß sich jeder durch diesen Zweck nicht gebotenen Veräußerung enthalten. Zur processualischen Vertretung des Abwesenden kann er demnach auch nur zugelassen werden in Rechtsstreiten, welche im Interesse der Vermögensverwaltung geführt werden müssen.

Pfeiffer, a. a. O. S. 355 ff.

Dagegen gehört es entschieden nicht zu seinen Functionen, Klagen anzustellen, deren Intention auf eine willkürliche Veränderung der Vermögenssubstanz oder gar auf

eine vermeidliche Veräußerung von Immobilien gerichtet ist. Im vorliegenden Falle hat der Appellat nicht einmal behauptet, viel weniger dargelegt, daß die Fortdauer der Rechtsgemeinschaft, welche er durch Verkauf der fraglichen Grundstücke lösen will, seinem Curanden nachtheilig sei, und dieser Mangel wird durch den oben erwähnten Magistratserlaß um so weniger ersetzt, als derselbe nach Form und Inhalt nicht erkennen läßt, daß diejenigen Voraussetzungen als gegeben anerkannt seien, von denen nach vorstehender Ausführung die Legitimation des Appellaten und die Zulässigkeit der Veräußerung von unbeweglichen Curatelgütern abhängt. Unter diesen Umständen wird der Widerspruch der Appellantin bedeutend. Sie gehört unbestritten zu den nächsten Intestaterben des Verschollenen, deren präsumtives Erbrecht, wie gezeigt, nach den einheimischen Gesetzen schon während der 30 Curateljahre eine Beachtung findet, welche um so dringender sich geltend macht, je länger die Cura schon gedauert hat, je dringender also die Vermuthung wird, daß die jetzt nächsten Verwandten auch diejenigen sein werden, denen demnächst die Substanz des Vermögens anheim fällt. Der Widerspruch der Appellantin konnte daher rechtlich nur gebrochen werden durch Darlegung von Gründen, welche die intendirte, über das Maß einer gewöhnlichen Vermögensverwaltung hinausgehende Maßregel als nothwendig erscheinen lassen. Daran hat es der Appellat gänzlich fehlen lassen; die Klage mußte daher angebrachtermaßen abgewiesen werden.

72. Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten. Pe 569/1866.

Die Eheleute S. hatten vor Gericht ein gemeinschaftliches Testament errichtet, ohne sich gegenseitig zu Erben einzusetzen. Sie hatten für den Ueberlebenden nur den Nießbrauch am Nachlasse des Erststerbenden als Vermächtniß bestimmt und daneben eine Erbeinsetzung in der Form eines gemeinschaftlichen Willensactes mit den Worten vollzogen: wir ernennen den F. zu unserm Erben. Dies Testament wurde nach dem Tode beider Erblasser von einem Intestaterben aus zwei Gründen angefochten, zunächst weil es nicht gestattet sei, daß zwei Personen in einem gemeinschaftlichen Testamente gleichzeitig in der Mehrheit redend auftreten, vielmehr Jeder gesondert für sich den Erben ernennen müsse, und sodann, weil die Gültigkeit gemeinschaftlicher Testamente davon abhange, daß die Testatoren sich gegenseitig instituirten.

Die Klage wurde in allen drei Instanzen abgewiesen: vom Oberappellationsgerichte durch Bescheid vom 13. März 1867 aus folgenden Gründen.

> Das vorliegende gemeinschaftliche Testament ist deshalb für ungültig nicht zu achten, weil die Testatoren sich gegenseitig nur den Nießbrauch des beiderseitigen Vermögens vermacht, nicht aber förmlich zu Erben eingesetzt haben. Die Entscheidung der Frage, ob und unter welchen Bedingungen die von Eheleuten oder sonst nahe verbundenen Personen gemeinsam errichteten Testamente Anspruch auf Gültigkeit haben, kann aus dem Wesen und der Natur der Testamente, wie dieselben nach reinem Römischen Rechte sich darstellen, nicht entnommen werden. Nach den Vorschriften des letzteren sind sie schlechthin als ungültig zu betrachten, weil sie gegen das Gebot der unitas actus verstoßen. Wäre dies nicht der Fall, so könnte freilich ihre Gültigkeit von einer gegenseitigen Beziehung beider Testamente auf einander nicht abhängig gemacht werden, und es würde genügen, wenn nur für beide die vorge-

schriebenen Formen der Solennisirung beobachtet sind. Allein den Ansichten neuerer Schriftsteller, welche im Anschlusse an ältere Praktiker des 16. Jahrhunderts die Rechtsbeständigkeit der gemeinschaftlichen Testamente schon aus dem Römischen Rechte herleiten wollen,

Hartmann, von den gemeinschaftlichen Testamenten § 2,
Schmidt, das formelle Recht der Notherben pag. 189 n. 86,

denen sich jetzt auch

Arndts, in seinem Lehrbuche der Pandecten, 5. Aufl. § 500 Anm.

angeschlossen hat, kann nicht zugestimmt werden. Die

l. 19 C. de pactis (2, 3.)

kann über den speciellen Fall ihrer Anwendung auf die gegenseitige Verfügung zweier Soldaten über ihre beiderseitigen Erbschaften nicht ausgedehnt werden, und auf die bekannte Constitution des Kaisers Valentinian III.,

leg. nov. D. Valent. III. tit. IV. de testamentis,

welche zum Belege dafür angeführt wird, daß gemeinschaftliche Testamente schon damals üblich und gültig gewesen seien, ist nach der ausdrücklichen Vorschrift der Const. de Justinianeo Codice confirmando § 3 deshalb kein Bezug zu nehmen, weil sie in den Justinianischen Codex nicht aufgenommen ist. Es bedurfte eines ausdrücklichen Zeugnisses für die Gültigkeit gemeinschaftlicher Testamente in diesem Gesetzbuche selbst, um das entgegenstehende Hinderniß der unitas actus zu beseitigen, in keinem Theile desselben findet sich aber eine Stelle, welche, abgesehen von der l. 19 cit. ihrer erwähnte.

Diese Testamente verdanken ihren Ursprung einem allgemeinen Deutschen Rechtsgebrauche, nach welchem Dispositionen über das Leben hinaus in der Form der Vergabungen von Todeswegen, und zwar da, wo ein gegenseitiges Bedenken zwischen Ehegatten oder sonst nahe ver-

bundenen Personen Statt fand, in Einer Urkunde getroffen wurden.

Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. II. Bd. 1 § 13 S. 328.

Nachdem das Römische Recht Eingang gefunden hatte, wählte man für solche Verfügungen die früher unbekannte Form der Testamente, und es wurde für zulässig erachtet, in denselben nicht bloß zu gegenseitigen Gunsten zu disponiren, sondern auch Erben des beiderseitigen Vermögens zu ernennen. Aber es erhellt nicht, daß eine gegenseitige Erbeinsetzung das nothwendige Erforderniß für diese Dispositionen gewesen sei. Es war eine solche gewiß der am häufigsten vorkommende Fall der Anwendung; allein der Grundgedanke war doch immer nur der, daß beide Verfügungen für den Fall des Todes des einen oder beider Testatoren in eine Beziehung zu einander gebracht wurden und wenn, wie es oft geschah, Nacherben beider eingesetzt wurden, so konnte dieselbe dadurch hergestellt werden, daß die Testatoren sich daneben überall nur bedachten, namentlich wenn dies in der Weise erfolgte, daß dem Ueberlebenden der Nießbrauch an dem Vermögen des Verstorbenen vermacht ward. Daß in einem solchen Falle nicht die gegenseitige Erbeinsetzung als ein nothwendiges Requisit für gemeinschaftliche Testamente angesehen worden sei, ergiebt sich auch schon daraus, daß die italienischen Juristen, unter deren Einfluß sich die Reception des Römischen Rechts vollzog, sowie die angesehensten deutschen Theoretiker und Practiker des 16. Jahrhunderts sich ohne alle Beschränkung für die Zulässigkeit der Solennisirung mehrerer Testamente durch Einen Act erklärten, und dieselbe schon aus dem Römischen Rechte deducirten, mithin eine communis opinio für sie auch ohne ein solches Erforderniß begründeten; cfr. die Citate bei

Hartmann a. a. O. S. 110.
Glück, Commentar Bd. XXXV S. 51 n. 9.

Es läßt sich auch ein innerer Grund für ein solches Requisit nicht auffinden. Denn das Hinderniß, welches das Römische Recht durch die Nothwendigkeit der unitas actus der Gültigkeit solcher Testamente entgegenstellt, wird durch eine gegenseitige Erbeinsetzung nicht gehoben, höchstens könnte sich die, noch bei

Mevius, comment. ad jus Lubecense II, nr 1, 10. nr. 1—6

angeregte, jedoch mit Recht verneinte, Frage erheben, ob nicht darin eine captatorische Verfügung enthalten sei. Eine institutio ex asse oder auf den Rest nach Abzug des Pflichttheils für die Notherben, wird nicht als nothwendig gefordert, und mit der Einsetzung auf einen Bruchtheil wird dem Wesen der Sache nicht gedient, wenn die Beziehung beider Verfügungen auf einander in anderer Weise hergestellt werden kann und hergestellt wird. Es wird auch von Mühlenbruch, welcher neben

Puchta, Pandecten § 481
Sintenis, Civilrecht ed. 2 § 178 n. 1,

für jene Ansicht angeführt wird, in dem Commentar von Glück Bd. XXXVIII S. 217 n. 74 und im Lehrbuch der Pandecten § 665 n. 1 nur eine Verbindung des Inhalts beider Testamente mit einander gefordert, und dieselbe ist als vorhanden anzunehmen, wenn beide testirende Ehegatten sich den Nießbrauch des Vermögens, wie im gegenwärtigen Falle, neben der Institituirung eines gemeinsamen Erben, vermacht haben.

Auch die Praxis hat jenes Erforderniß nicht immer eingehalten, vielmehr die Zulässigkeit bloßer gegenseitiger Vermächtnisse anerkannt, wie dies die Präjudicien bei

Seuffert' Archiv Bd. VII. nr. 200,
Strippelmann, Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Cassel Bd. VII S. 511 (nr. 4), S. 527 (nr) 11.

ergeben.

Was endlich Kläger dafür vorbringt, daß jeder der Testatoren bei einem gemeinschaftlichen Testamente seinen Willen in einem besonderen Satze erklären müsse, und daß derselbe nicht wie hier, in einer Satzverbindung von einem jeden von ihnen ausgesprochen werden dürfe, ist für begründet nicht zu achten. Es wird ein solches Erforderniß nirgend aufgestellt, vielmehr erklären sich

Sintenis a. a. O. S. 447.

Roßhirt, testamentarisches Erbrecht S. 450,

ausdrücklich dagegen. Das Bedenken welches daraus hergenommen werden könnte, daß in dem Testamente § 1 zu Anfang ein jeder der Testatoren einzeln für sich, später dieselben aber gemeinsam redend aufgeführt sind, beseitigt sich auch schon dadurch, daß diese Form lediglich als eine vom Protocolldirigenten gewählte Fassung erscheint, welche er dem mit genügender Bestimmtheit erklärten Willen der Testatoren gegeben hat, und daß letztere zum Schlusse den ihnen vorgelesenen Inhalt gemeinsam genehmigt haben.

---

73. Ueber die nach den Statuten des ritterschaftlichen Creditvereins vorgeschriebene Auskehrung des sinkenden Fonds bei Erbtheilungen.

Ma 725/1863.

Nach den Statuten des ritterschaftlichen Creditvereins haben die Mitglieder halbjährlich eine Summe zum sinkenden Fonds zu zahlen, der zum allmäligen Abtrag der Capitalschuld bestimmt ist und zur Einlösung der ausgegebenen Pfandbriefe, von denen halbjährlich eine entsprechende Zahl ausgelooſt werden soll, verwandt wird. Das Nähere darüber

ergiebt sich aus dem weiter unten Gesagten. — In Erbfällen kann die Auskehrung dieses sinkenden Fonds zum Zweck der Auseinandersetzung der Erben verlangt werden; und es entstand in einem solchen Falle zwischen den Lehen- und Allodialerben Streit darüber, wem derselbe zufalle. Die Allodialerben betrachteten ihn als eine zum Allodialnachlasse gehörige Forderung des Erblassers an den Creditverein, und begehrten demgemäß dessen Auslieferung von den Lehenerben, welche ihrer Seits behaupteten, daß durch jene Zahlungen nur die Schuld des Erblassers an den Creditverein um den entsprechenden Betrag getilgt sei. In erster Instanz wurden die Lehenerben der Klagbitte gemäß verurtheilt; das Oberappellationsgericht wies jedoch mittels Erkenntnisses vom 11. Mai 1865 die Klage ab; und lauten die Gründe dieses Urtheils, welches demnächst in der Restitutionsinstanz bestätigt ward, und für dessen Richtigkeit sich auch ein von der Juristenfacultät zu Halle eingeholtes Erachten aussprach, nachstehend:

1. — Der sinkende Fonds wird nach § 80 der unterm 19 December 1839 bestätigten Statuten des ritterschaftlichen Creditvereins aus den hierzu bestimmten terminlichen Zahlungen der Mitglieder dieses Vereins gebildet, und soll der aus diesen Beiträgen sich ansammelnde, für jedes Gut besonders zu berechnende Fonds zum allmäligen Abtrage der Kapitalschuld verwandt werden. Demgemäß wird halbjährlich durch Ausloosung eine entsprechende Anzahl von Pfandbriefen mittels jener Beiträge eingelöst, und erfolgt schließlich, wenn der Antheil des einzelnen Gutes am sinkenden Fonds die Höhe der auf das Gut eingetragenen Forderung erreicht, die Tilgung dieser Forderung, unter Cassirung des gleichen Betrages von Pfandbriefen, und damit der Austritt des Gutes aus dem Vereine. Eine Auskehrung dieses Antheils an das betreffende Mitglied ist nicht zulässig, nur in Erbfällen dürfen die Erben zum Zwecke der Auseinandersetzung, und in Concursfällen die Gläubiger

nach § 80 die Auslieferung desselben verlangen. Die Auslieferung geschieht aber auch in diesen Fällen nur in der Weise, daß eine, der Höhe dieses Antheils entsprechende Anzahl von Pfandbriefen cassirt, der gleiche Betrag von der in das Hypothekenbuch des Gutes eingetragenen Forderung des Creditvereins getilgt, und dadurch dem Besitzer ein freier Platz zu neuen Eintragungen verschafft wird.

2. — Hiernach steht zunächst fest, daß die von den Mitgliedern des Vereins neben den Zinsen und Administrationskosten regelmäßig zu zahlenden Beiträge zum allmäligen Abtrage der Kapitalschuld dienen sollen, und nach den Statuten hierzu verwandt werden dürfen. Hiervon wird auch in Erb- und Concursfällen keine Ausnahme gemacht; vielmehr besteht das Besondere in diesen Fällen nur darin, daß hier schon vor dem gänzlichen Abtrage der Schuld die Tilgung eines entsprechenden Theils der für den Creditverein eingetragenen Forderung verlangt werden kann. Wenn diese Procedur im § 80 der Statuten „Auslieferung des sinkenden Fonds" genannt wird, so ist diesem Ausdrucke eine selbständige Bedeutung nicht beizulegen. Vielmehr zeigt die unmittelbar darauf folgende Vorschrift über die Art, in der solche Auslieferung geschieht, daß damit keine baare Auszahlung oder Ueberweisung bestehender Forderungen, sondern nur die Verwendung zur theilweisen Tilgung der Forderung des Creditvereins gemeint ist.

3. — Untersucht man nun die hieraus sich ergebende rechtliche Natur des sinkenden Fonds, so steht als Regel fest, daß, wenn ein Schuldner neben den stipulirten Zinsen einen Theil des Kapitals zurückzahlt, dadurch der Betrag der Schuld selbst gemindert wird, weil die Schuld durch Zahlung ipso jure aufgehoben wird, und ist es in dieser Beziehung gleichgültig, ob eine solche Theilzahlung auf späterer Vereinbarung beruht, oder ob bereits bei Eingehung des Schuldverhältnisses eine ratenweise

Zurückzahlung des Kapitals stipulirt war. Auch macht es in rechtlicher Beziehung hiebei keinen Unterschied, wenn der Schuldabtrag in der Weise geregelt ist, daß jährlich oder halbjährlich eine bestimmte Quote des Kapitals zurückgezahlt, und daneben bis zum gänzlichen Abtrage der Schuld nominell der ganze ursprüngliche Betrag derselben verzinst, in Wirklichkeit aber ein, jenen Quoten entsprechender Theil der Zinsen dem Schuldner als Kapitalabtrag in Rechnung gebracht wird, indem auch in diesem Falle sowohl die zurückgezahlten Quoten des Kapitals, als auch ein entsprechender Theil der Zinsen den Character wirklicher Zahlungen behalten, durch welche der Betrag der ursprünglichen Schuld gemindert wird. Der sinkende Fonds ist demnach, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich ausgemacht worden, nicht als eine selbständige Gegenforderung des Schuldners zu betrachten, welche erst demnächst, wenn sie die Höhe der Forderung erreicht hat, zur Compensation benutzt werden soll, sondern nur eine Bezeichnung für den bereits getilgten Theil der Schuld. Daß, wie die Kläger in ihrer Replik geltend machen, ein Schuldner, um später einen größeren Kapitalposten abtragen zu können, jährlich eine bestimmte Summe zurücklegen, und diese inzwischen zinsbar belegen kann, und daß es in dieser Beziehung gleichgültig ist, ob er die allmälige Ansammlung der nöthigen Summe selbst besorgt oder einen Dritten damit beauftragt, ist allerdings richtig. Es ist aber ein ganz anderer, hievon völlig verschiedener Fall, wenn der Schuldner diese zum Schuldabtrage bestimmten Summen nicht einem beliebigen Mandatar, von dem er sie jederzeit zurückfordern kann, zur Verwaltung anvertrauet, sondern gerade dem Gläubiger zahlt, damit dieser sie als eine zum Abtrage der Schuld bestimmte Summe berechne, zumal wenn dabei ausdrücklich ausgemacht ist, daß diese Summen nur zum Schuldabtrage verwandt werden sollen, und der Schuldner nicht berechtigt sein soll, sie zurückzufordern.

4. — Allerdings kann zugegeben werden, daß die Statuten des Creditvereins die Verhältnisse des sinkenden Fonds anders hätten feststellen können. Allein dieselben enthalten keine Bestimmungen, aus denen dies gefolgert werden könnte, und läßt sich insbesondere die Ansicht der Kläger, daß der sinkende Fonds in den in deposito des Creditvereins befindlichen Pfandbriefen bestehe, und jedem Mitgliede ein entsprechender ideeller Antheil an diesen Pfandbriefen zustehe, aus den Statuten nicht begründen. Abgesehen nämlich davon, daß nach § 80 der letzteren der aus den fraglichen Beiträgen sich ansammelnde, für jedes Gut besonders zu berechnende Fonds zum *allmäligen* Abtrage der Kapitalschuld verwendet werden soll, die Statuten also anerkennen, daß die Zahlung jener Beiträge in Wirklichkeit eine *successive* Abtragung der Kapitalschuld involvirt, entspricht auch die statutenmäßige Verwendung der Beiträge dieser Bestimmung, indem mit denselben die vom Creditvereine ausgegebenen Pfandbriefe eingelöst werden. Nach § 3 und § 79 der Statuten kann es nämlich keinem Zweifel unterliegen, daß die Einlösung der zu diesem Zwecke ausgeloosten Pfandbriefe nicht als ein Ankauf dieser letzteren aufzufassen, sondern eine wirkliche Einlösung durch Zahlung der den Inhabern derselben gegen den Creditverein zustehenden Forderung, und demnach diese bei der Einlösung durch Zahlung getilgt ist. Daß die eingelösten Pfandbriefe nicht sofort cassirt, sondern einstweilen für den sinkenden Fonds außer Cours gesetzt werden, und ihre Cassirung erst dann erfolgt, wenn dieselben zum Zwecke der Tilgung der für den Creditverein in die Hypothekenbücher eingetragenen Forderungen bei der Hypothekenbehörde eingereicht werden, hebt die Wirkung der Zahlung und Confusion um so weniger auf, als eine Wiederausgabe dieser Pfandbriefe von Seiten des Creditvereins nach den Statuten unzulässig ist. Die für den sinkenden Fonds außer Cours

gesetzten und bei der Hauptcasse deponirten Pfandbriefe sind daher in Wirklichkeit nur die von den Gläubigern gegen Zahlung des Schuldbetrages zurückgegebenen Documente über eine Schuld, welche durch jene Zahlung erloschen ist, und dienen lediglich dazu, den Betrag des sinkenden Fonds, oder, mit anderen Worten, der durch Zahlung getilgten Schuld des Creditvereins nachzuweisen. Ein anderer Zweck, und namentlich die Bedeutung, daß diese Pfandbriefe ungeachtet ihrer Einlösung noch eine wirklich bestehende Forderung repräsentiren sollen, kann der Außercourssetzung um so weniger beigelegt werden, als eines Theils diese Bedeutung, da sie mit dem Inhalte der §§ 3 und 79 der Statuten in Widerspruch stehen würde, bestimmter hätte hervorgehoben werden müssen, und es anderen Theils für die Zwecke des Creditvereins practisch vollkommen gleichgültig ist, ob die Forderungen, worauf diese Pfandbriefe lauten, als fortexistirend betrachtet werden, oder nicht, da ihr Betrag im ersteren Falle doch den einzelnen Mitgliedern des Vereins auf ihre Schuld angerechnet werden muß, nur zu diesem Behufe als fortbestehend betrachtet werden könnte, und jene Forderungen schließlich doch nur zur Tilgung der Intabulate verwandt werden dürften. Die betreffenden Bestimmungen der Statuten erklären sich auch sehr leicht aus der bei Contocurrentverhältnissen üblichen Form der kaufmännischen Rechnungsführung, bei der auch die vom Schuldner geleisteten Zahlungen vorläufig als Credit gut geschrieben werden, bei welcher aber die Absicht beider Theile von vorn herein darauf gerichtet ist, daß Credit und Debet schließlich gegen einander aufgerechnet werden, und nur der Saldo eine wirkliche Schuld bleibt. In einem ähnlichen Verhältnisse steht der Creditverein zu seinen einzelnen Mitgliedern. Die intabulirte Schuld ist das Debet, und ihr Antheil an dem sinkenden Fonds das Credit der letzteren, und wenn die Berechnung in der

Weise geführt wird, daß einer Seits die ganze Schuld als fortbestehend betrachtet und verzinst, anderer Seits aber ein entsprechender Theil der gezahlten Zinsen dem sinkenden Fonds zugerechnet wird, so wird dabei der Fortbestand der ungeminderten Forderung nur fingirt, und entspricht die einstweilige Außercourssetzung der eingelösten Pfandbriefe für den sinkenden Fonds dieser Fiction um so mehr, als formell auch die für den Creditverein intabulirten Forderungen bis zu ihrer Tilgung noch bei Bestande bleiben. In der Wirklichkeit wird aber sowohl die Schuld des Vereins, als auch die seiner Mitglieder durch Zahlung und Einlösung der Pfandbriefe successiv getilgt, und endigt daher nach den Statuten das Verhältniß schließlich auch allemal mit der Liquidation und Tilgung des ganzen Intabulats, oder eines Theils desselben.

6. — Daß nun der sinkende Fonds, wenn er gar kein wirkliches Activum, sondern nur eine Bezeichnung für den durch die successiven Quotenzahlungen bereits getilgten Theil der für den Creditverein intabulirten Forderung ist, nicht den Allodialerben zufällt, ergiebt sich von selbst. Das Resultat bleibt aber auch dasselbe, wenn man den sinkenden Fonds als einen wirklichen Fonds betrachtet, an welchem den Mitgliedern des Creditvereins die aus den Statuten sich ergebenden Rechte zustehen. Auch in diesem Falle steht nämlich fest, daß der sinkende Fonds nur zum schließlichen Abtrage der Schuld bestimmt ist. Der Creditverein würde daher immer nicht als Mandatar der einzelnen Gutsbesitzer im gewöhnlichen Sinne des Wortes zu betrachten sein, indem gerade das wesentliche Criterium des Mandats, die Befugniß des Mandanten zum Widerrufe des Mandats und die Abhängigkeit des Mandatars vom Willen des Mandanten, hier fehlt, den einzelnen Vereinsmitgliedern vielmehr immer nur ein Recht darauf zustehen würde, daß der sinkende Fonds seiner statutenmäßigen Bestimmung ge-

mäß verwandt werde. Der letztere ist danach kein Creditum, zu dessen Rückzahlung der Creditverein überhaupt, oder unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet ist; im Gegentheile entspringt aus der Zahlung von Beiträgen zu dem sinkenden Fonds unter allen Umständen für den zahlenden Gutsbesitzer nur eine Einrede gegen die Klage aus dem Hypothekenscheine, und ein Anspruch an den Creditverein, daß die in sein Gut eingetragene Forderung des letzteren ganz oder zu einem entsprechenden Theile getilgt werde. Ein solcher Anspruch aber, der sich darauf reducirt, daß eine in ein Lehngut eingetragene Forderung als getilgt anerkannt und im Hypothekenbuche gelöscht werde, kann wiederum nicht den Allodialerben, welche daran gar kein Interesse haben, sondern nur dem Lehenserben zufallen. Den Allodialerben würde höchstens ein Recht auf Ersatz der von dem Erblasser auf Erwerbung jenes Anspruchs aus seinem Allodialvermögen gemachten Verwendungen zustehen können, wenn der Abtrag von Lehensschulden als eine, solches Recht begründende Melioration des Lehens zu betrachten wäre. Eines näheren Eingehens auf diese Frage aber bedarf es im vorliegenden Falle nicht, da Kläger ein solches Recht selbst nicht in Anspruch nehmen.

III. Kirchen- und Staatsrecht.

Ueber die Requisite von Kirchspielsobservanzen nach der Verordnung vom 27. December 1824 wegen der Beitragsverbindlichkeit der Patrone und Eingepfarrten zu den Kirchen- und Pfarrbauten.

Be 1030/1863.

Aus den Gründen des Erkenntnisses des Oberappellationsgerichts vom 16. März 1865:

Die Observanzen, welche das gemeine Recht namentlich als Rechtsquelle für die inneren Verhältnisse von Gemeinden und Corporationen anerkennt, und deren Geltung es insbesondere bei der Kirchenbaulast der Kirchengemeinden bestätiget,

Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Bd. 2, S. 39–44, 810,

Richter, Kirchenrecht, § 303,

Seuffert, Archiv, IV nr. 75,

sollen auch nach der Verordnung vom 27. December 1824 ihre rechtliche Bedeutung behalten. Nach dem Wortlaute des § 1 der gedachten Verordnung sollen sie jedoch nur dann als eintretend angenommen werden, wenn die wirkliche Anerkennung respective der Verpflichtung oder Befreiung vorliegt und bewiesen wird. Eine wirkliche Anerkennung kann nun eben so gut aus thatsächlichen Vorgängen, deren Schlüssigkeit vorausgesetzt, wie aus ausdrücklichen Erklärungen gefolgert werden.

Es kann auch der Verordnung vom 27. December 1824 nicht die Tendenz unterstellt werden, der Observanz das ihr zuständige Gebiet zu verkümmern, und nur leicht er-

kennbare Rechtsnormen bei Bestande zu lassen; es hätte dann nahe gelegen, statt „wirkliche" vielmehr „ausdrückliche" Anerkennung zu erfordern. Dagegen dient das Beiwort „wirkliche" nur dazu, den Nachdruck hervorzuheben, den der Gesetzgeber auf das Moment der Anerkennung gelegt wissen will. Das Gesetz verlangt auch nicht neben dem Beweise der Observanz noch den ihrer Anerkennung, sondern will nur darauf hinweisen, daß aus der bloßen Ueblichkeit noch keine Observanz zu folgern sei, daß vielmehr in der Uebung die Anerkennung einer rechtlichen Norm zu Tage treten müsse. Unter Anerkennung ist demnach das Erforderniß der opinio necessitatis zu verstehen, und wenn die dafür gewählte Fassung am befriedigendsten von dem Standpunkte derjenigen Doctrin aus sich erklärt, welche die Observanz als einen stillschweigenden Vertrag bezeichnet,

vergl. Eichhorn a. a. O., S. 41 not 17,
v. Savigny, System I § 20 S. 99,
Puchta, Gewohnheitsrecht Bd. 2 § 11 S. 109,110,

so erhellt auch hieraus, wie fern es der Verordnung vom 27. December 1824 gelegen, die wirkliche Anerkennung mit der ausdrücklichen zu identificiren; sie hätte dann auch nicht der Observanzen neben den Verträgen noch als einer besonderen Rechtsquelle gedenken können. Die thatsächliche Uebung soll nicht auf Zufall und Willkür, sondern auf der Herrschaft einer Regel beruhen; in den Angehörigen der kirchlichen Gemeinde soll die Ueberzeugung von der Verbindlichkeit ihres Herkommens leben, dessen ursprüngliche Grundlage nur in Vergessenheit gerathen ist. So warnt denn auch das Landesherrliche Circular vom 15. Juli 1833 sub 5 die Beamten, nicht zu leicht die Observanz unbeachtet zu lassen, was dem § 1 der Constitution vom 27. December 1824 ganz entgegen sei.

Raabe, Mecklenburg Schwerinsche Gesetzsammlung, Bd. 4 S. 144.

75. Ueber die Verpflichtung der Gutsbesitzer zur Besoldung der Schullehrer.

Die Verordnung vom 21. Juli 1821 zu verbesserter Einrichtung des Landschulwesens bestimmt in § 17 den Minimalbetrag der den Schullehrern zu gewährenden Diensteinkünfte, und fixirt denselben größten Theils in Naturalemolumenten. —

Die Auslegung dieser Bestimmung ist mehrfach Gegenstand eines Rechtsstreites geworden, indem einzelne Gutsbesitzer sich berechtigt hielten, mit dem von ihnen angestellten unverheiratheten Schulmeister eine Vereinbarung zu treffen, wonach derselbe statt jener Emolumente Beköstigung auf dem Hofe und daneben eine baare Einnahme erhielt, das Unterrichtsministerium jedoch ein solches Abkommen auch dann, wenn der Werth der Diensteinkünfte den Minimalbetrag erreicht, nicht gestattet, weil die Schullehrer dadurch in Verbindung mit der abhängigen Stellung, in welche sie vermöge der Kündbarkeit ihres Dienstverhältnisses zu den Gutsbesitzern stehen, factisch an der Begründung eines eigenen Hausstandes verhindert werden.

Das Oberappellationsgericht hat sich in solchen Streitfällen wiederholt für die Ansicht des Ministerii und zwar aus folgenden Gründen entschieden.

I. Po: 566/1866. Bescheid vom 10. December 1866.

Die Verordnung vom 21. Juli 1821 giebt im § 8 die ganz bestimmte Vorschrift, daß in jedem Schulorte eine eigene den Schulzwecken dienende Localität vorhanden sein soll, welche neben einem besonderen Unterrichtszimmer eine vollständige Lehrerwohnung enthalten muß, wenn nicht der Schulmeister zugleich Küster ist, mithin als solcher schon eine Amtswohnung hat. Da nun diese Voraussetzung im vorliegenden Falle nicht zutrifft, so ist die Gutsherrschaft nach dem klaren Buchstaben des Gesetzes unzweifelhaft verpflichtet, dem Lehrer die demselben bisher nicht gewährte selbständige und den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Wohnung einzuräumen. Die Verordnung bestimmt ferner

im § 17 den Minimalbetrag der den Schulmeistern, die nicht zugleich Küster sind, anzuweisenden Dienstemolumente. Es kann immerhin zugegeben werden, daß nicht jede kleine Abweichung von dem, was hier vorgeschrieben ist, als eine beachtliche Gesetzesübertretung aufzufassen sein würde, wenn nur der Lehrer statt eines verminderten oder ausfallenden Emoluments anderweitig ausreichend und angemessen entschädigt wird; wohl aber ist die Intention des Gesetzes entschieden darauf gerichtet, daß die Schulstellen mit dem zum nothdürftigen Unterhalte einer Lehrerfamilie erforderlichen Naturaleinkommen, welches nach den auf dem platten Lande bestehenden Verhältnissen durch ein entsprechendes Geldäquivalent nicht ersetzt werden kann, dotirt werden. Demnach ist es durchaus ungesetzlich, daß der gegenwärtig in P. angestellte Lehrer auf dem herrschaftlichen Hofe untergebracht ist und dort neben freier Station eine baare Besoldung von 75 ₰ jährlich erhält. Mag er selbst, weil und so lange er unverheirathet ist, durchaus zufrieden sein, auch in der That in einer besseren und bequemeren Lage sich befinden, als wenn er constitutionsgemäß eingesetzt wäre, so braucht doch die oberste Unterrichtsbehörde die anomale Einrichtung nicht zu dulden. Das Gesetz fordert und das öffentliche Interesse erheischt, daß die Landschullehrer, da sie nicht im Privatdienste der Gutsherrschaften stehen, sondern von denselben als von den Ortsobrigkeiten angestellt werden, am Schulorte als selbständige Personen einen eigenen Heerd haben, und eine Stellung einnehmen, welche sie auch äußerlich von dem dienenden Personal der gutsherrlichen Haushaltung und Wirthschaft unterscheidet.

11. La: 623/1867. Bescheid vom 24. October 1867.

Der § 17 der Patent-Verordnung zur verbesserten Einrichtung des Landschulwesens bestimmt Abs. 2, wie die Schullehrerstellen mindestens dotirt sein müssen, und wenn es im Abs. 2 der Gutsherrschaft für den Fall, daß es ihr wegen temporärer Hindernisse unmöglich sein sollte, das

Gartenland und die Weide, sowie die Winterfütterung für eine Kuh, in natura zu verabreichen, ausnahmsweise gestattet wird, statt dieser Naturalleistungen eine bestimmte Geldvergütung zu geben, so ist klar, daß es — von diesem besonderen, hier gar nicht vorliegenden, Falle abgesehen — nicht hat erlaubt sein sollen, das Einkommen des Lehrers lediglich in Gelde zu fixiren, oder statt der Naturalien Prästationen anderer Art zu bestimmen. Auch der folgende Absatz enthält das nicht, was der Appellant darin findet. Im Gegentheile geht die Vorschrift davon aus, daß Naturalleistungen der vorher genannten Art zur Stelle gehören, und es wird nur unter eine Regel gebracht, wie dieselben zu veranschlagen sind, um auszumitteln, ob der Schullehrer, der zugleich Küster ist, sich auf 70 Thlr. $N^2/_3$ dient. Darf nun auch nach dem letzten Satze des § 17 eine Einnahme, die der Schullehrer als solcher aus Vermächtnissen oder Stiftungen bezieht, auf das Minimum der ihm gebührenden Hebungen angerechnet werden, so ist hieraus doch kein Schluß darauf zu ziehen, daß es der Obrigkeit freisteht, in ganz anderer Art, als es das Gesetz will, die Stelle zu dotiren, wenn dadurch nur der Lebensunterhalt ausreichlich gewährt und dem Werthe nach eben so viel praestirt wird, als das gesetzliche Minimum ausmacht. Der freien Vereinbarung zwischen den Gutsobrigkeiten und den Schullehrern ist dergleichen nicht überlassen. Der Absatz 7 schließt dieselbe aus, in so weit sie den ausdrücklichen Bestimmungen des § 17 entgegentritt. Die Worte „Im Uebrigen" besagen gerade dieses, und es ist unmöglich, den Satz so zu verstehen, als hätte den Contrahenten freigegeben werden sollen, über das Einkommen beliebige Bestimmungen zu treffen, wenn nur das Minimum dadurch vergütet werde. Von Letzterem steht in dem Passus nichts, und Abschätzungs-Normen sind für solchen Fall eben so wenig gegeben.

Hienach sollen die Diensteinkünfte des Schullehrers gerade in den bezeichneten Natural-Emolumenten bestehen.

Freilich kann es nicht als eine Contravention angesehen werden, wenn statt der einen Naturalpräſtation eine andere, dieselbe vollkommen ersetzende, vereinbart wird. Hier ist aber die betreffende Vorschrift ganz bei Seite gesetzt. Das Gesetz will, daß der Schullehrer auch äußerlich in jeder Hinsicht anders, als ein Dienstbote, gestellt werde, und als ein selbständiger Einwohner des Gutes erscheine, wie es sogar der Tagelöhner ist. Damit dieses in Erfüllung gehe, sind ihm solche Emolumente zugewiesen, welche einen eigenen Hausstand voraussetzen. Die Beschaffenheit derselben läßt hierüber keinen Zweifel, und es ist damit schlechthin unverträglich, daß der Lehrer auf dem Hofe beköstigt und außerdem auf baares Geld angewiesen wird.

Nachträge.

76. Beitrag zur Lehre von den Reallasten.

Ca 149/1868 Strel.

Auf dem Rittergute B. ruht seit unvordenklicher Zeit als eine Reallast die Verpflichtung, alljährlich zu Martini 60 Scheffel Roggen zum landesherrlichen Kornboden zu liefern. Für das Jahr 1866 hatte der Eigenthümer des belasteten Gutes diesen Roggen in so schlechter Beschaffenheit, namentlich so unrein und mit fremdartigen Sämereien vermischt geliefert, daß die Leistung unannehmbar befunden und durch den Cammerprocurator auf Lieferung der fälligen 60 Scheffel Roggen in reiner empfangbarer Waare geklagt wurde. Der Beklagte gab zwar zu, daß das von ihm gelieferte Korn schlecht und unrein sei, glaubte aber der Klage mit der Einrede begegnen zu können, daß er in diesem Jahre besseren und reineren Roggen von dem belasteten Gute nicht geerntet habe. Diese in erster Instanz verworfene Einrede wurde auf Appellation des Beklagten als erheblich anerkannt und zum Beweise verstellt, auf weitere Appellation des Klägers stellte jedoch das Oberappellationsgericht durch Urtheil vom 7. April 1868 das erste Erkenntniß wieder her.

Gründe.

1. Die Parteien sind darüber einig, daß die zur Frage stehende Leistung von 60 Scheffel Roggen auf dem Gute B. als eine Reallast ruhet. Aus der rein dinglichen Natur der Reallasten folgt nun freilich, daß das belastete Grundstück principaliter für die Erfüllung haftet und daß der jeweilige Besitzer die jedesmal fällige Leistung als Vertreter des letzteren zu beschaffen hat. Aber ihr Inhalt kann ebenso mannigfaltig sein, als der einer Obligation, und aus dem Umstande, daß von einem zur Fruchterzeu-

gung bestimmten Grundstücke ein Grundzins in Feldfrüchten zu entrichten ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, daß letztere nur aus den auf dem Gute gewonnenen Erzeugnissen zu gewähren sind, und daß der Realgläubiger dieserwegen auf den Fruchtertrag eines jeden Jahres angewiesen ist. Dies ist nur da der Fall, wo der Zins in einer Quote der jedesmal geernteten Früchte zu entrichten ist, oder wo, wie dies bei manchen bäuerlichen Abgaben geschieht, dieselben bei einer Verleihung des Guts zu einem factisch oder rechtlich erblichen Nutzungsrechte nach Art einer colonia partiaria aufgelegt sind, oder endlich, wo eine solche Beschränkung entweder bei der Constituirung oder der Reservation der Last stipulirt ist, oder sich aus einem unvordenklichen Besitzstande begründen läßt. Hievon abgesehen ist der Fruchtzins in mittlerer empfangbarer Qualität zu leisten, Unglücksfälle oder Mißwachs haben hierauf keinen Einfluß, und die Grundsätze über Pachtremission finden keine Anwendung. Der Zinsmann hat einen Anspruch auf Zinsnachlaß aus solchen Gründen nicht und der Gläubiger behält den Anspruch auf die volle Abgabe, mag in dem betreffenden Jahre auf dem pflichtigen Gute gar kein Korn oder zu wenig oder schlechtes, nicht empfangbares, Korn gebauet sein.

2. Im vorliegenden Falle erhellt über die Entstehung der auf dem Gute B. ruhenden Kornabgabe nichts Weiteres, als daß sie seit undenklichen Zeiten entrichtet worden ist, der Appellat hat eine Beschränkung derselben dahin, daß nur von dem jedesmaligen Fruchtertrage je nach dessen Güte zu entrichten sei, nicht darzulegen vermocht, und die Behauptung des Appellanten, daß bisher stets guter und reiner Roggen geliefert sei, ist unwidersprochen geblieben. Es muß deshalb bei der Regel, daß das Korn von guter, empfangbarer Beschaffenheit sein müsse, verbleiben, und da Appellat selbst zugegeben hat, daß die Martini 1866 fälligen und gelieferten 60 Scheffel Roggen von mangelhafter Qualität und unrein gewesen seien, daß

sich namentlich mehrfach Vogelwicken, sowie andere Sämereien und Kornarten darunter befunden hätten, so hat er jener seiner Verpflichtung nicht genügt und kann sich nicht darauf berufen, daß er in diesem Jahre keinen besseren Roggen auf dem Gute geerntet habe und denselben nicht besser habe reinigen können.

---

77. Berechnung des Alters eines für ein künftiges Darlehen bestellten Pfandrechts.

Co 147/1867 Strel.

Ueber diese Frage hat sich das Oberappellationsgericht in einer Entscheidung vom 16. März 1868 nachstehend ausgesprochen:

1. Die Ansicht, daß ein für eine künftige Schuld bestelltes Pfandrecht erst mit der Entstehung dieser Schuld, zu deren Sicherung es constituirt ist, existent werde, ist neuerdings zwar von Dernburg, Pfandrecht Bd. 1, Seite 518—537 bestritten und statt dessen von ihm angenommen, daß es in einem solchen Falle von der Absicht der Contrahenten abhänge, von welchem Zeitpunkte das Pfandrecht datiren solle. Indeß kann diese Ansicht für richtig nicht gehalten werden. — Zunächst folgt schon aus der accessorischen Natur des Pfandrechts, wonach dieses ohne eine Obligation, zu deren Sicherung es dient, nicht existiren kann, daß die Wirkung der Pfandbestellung erst mit der Entstehung dieser Obligation beginne und läßt sich das Gegentheil auch nicht aus den für die Bürgschaft geltenden Regeln ableiten, weil die Stipulation eine Vertragsform ist, durch welche jede rechtlich mögliche Leistung versprochen werden kann, und es daher in Bezug auf die dadurch begründete Verpflichtung gleichgültig ist, ob dieselbe sich auf eine sofortige oder künftige Leistung bezieht, sowie ob der Inhalt der Stipulation sich an eine fremde Obligation

anschließt, indem die durch die Stipulation begründete Verpflichtung unter allen Umständen sofort existent wird.
vgl. Scheurl, Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 2. S. 498.

Auch lassen diejenigen Pandectenstellen, wonach in dem fraglichen Falle das Pfandrecht erst von der Zeit der Entstehung der Schuld datirt, — l. 1 § 1, l. 11 pr. D., qui potiores, ferner l. 4 D. quae res pignori vgl. mit L. 30 D. de rebus creditis und l. 9 § 1 D. qui potiores — die Deutung, daß in allen diesen Fällen die Absicht der Contrahenten auf eine solche spätere Entstehung des Pfandrechts gerichtet gewesen, nicht zu. Eines Theils enthalten sie in ihrer Fassung nichts, welches darauf hinweise, daß der Grund der Entscheidung nur in dem präsumtiven Willen der Contrahenten liege, und es ist diese Annahme um so mißlicher, als wir keine Stelle haben, welche dem entgegenstehenden Willen der Contrahenten eine rechtliche Wirksamkeit beilegt. Anderen Theils wird als Grund der Entscheidung grade angegeben, daß es in potestate debitoris fuit, pecuniam non accipere oder daß die conditio invito debitore nicht erfüllt werden konnte, also die Entscheidung ganz einfach darauf gestellt, daß die Schuld, zu deren Sicherung das Pfand bestellt wurde, erst durch die numeratio pecuniae beziehungsweise durch die Erfüllung der Protestativbedingung existent werde. Auch würde man, wenn hierbei etwas auf den präsumtiven Willen der Contrahenten ankäme, unbedenklich sagen müssen, daß bei einer Convention, die so gefaßt ist, wie in L. 1 § 1 und l. 11 pr. D qui potiores angegeben, sowie in dem l. 4 D. quae res pignori bezeichneten Falle die präsumtive Absicht der Contrahenten grade auf eine frühere Entstehung des Pfandrechts gerichtet war. — Der Grund der Entscheidung kann also nur darin gefunden werden, daß nach römischem Rechte beim Darlehen die Verpflichtung des Schuldners erst

durch die Hingabe des Geldes begründet wird, die Pfandbestellung daher auch erst von diesem Zeitpunkte an wirksam werden kann; und der Unterschied, welchen die l. 1 D. qui potiores in dieser Beziehung zwischen einer promissio dotis und dem Darlehen macht, beruhet gerade darauf, daß mit der promissio dotis auch die Verpflichtung des Permittenten zur Hingabe der dos und folglich auch dessen Recht auf demnächstige Rückgabe derselben rechtlich existent wird, daher hier nicht, wie beim Darlehen gesagt werden kann, daß es in potestate mariti sei, die Entstehung seiner Restitutionsverbindlichkeit durch Nichtannahme der versprochenen dos zu verhindern, weil diese Restitutionsverbindlichkeit ihren rechtlichen Entstehungsgrund nicht in der numeratio, sondern in der den Besteller unbedingt verpflichtenden promissio dotis hat, an diese sich anschließt und daher gleichzeitig mit dieser existent geworden ist. Auch steht in dieser Beziehung die von einer Pfandbestellung für ein bedingtes Legat handelnde l. 9 § 2 D. qui potiores nicht entgegen, weil die Verpflichtung des Erben zur Zahlung des Legats, wenn auch als bedingte, vom Augenblicke des Erbschaftsantritts an existirt, ihr Eintritt also in keiner Weise von dem Willen des Schuldners abhängig ist und es in Bezug auf die Frage über ihre Existenz keinen Unterschied macht, ob das bedingte Legat für den Fall des Eintritts der Bedingung zurückgezogen wird oder nicht.

2. Nach römischem Rechte datirt daher ein für eine künftige Darlehnsschuld bestelltes Pfandrecht unter allen Umständen erst von der numeratio pecuniae und würde es in dieser Beziehung nicht releviren, wenn der Darleiher sich schon vorher zur Hingabe des Darlehns durch eine Stipulation verpflichtet hatte, weil auch in einem solchen Falle die beiderseitigen Verpflichtungen nach römisch rechtlicher Auffassung auf besondern von einander unabhängigen Obligationsgründen beruhen würden, die

des Darleihers auf der Stipulation und die des Darlehnsempfängers auf der numeratio, und die Entstehung der Verpflichtung des letzteren fortwährend von seinem Willen abhängig bleibt. — Nach heutigem Rechte dagegen kann ein Vertrag, durch welchen, wie beim Creditvertrage, der eine Theil sich zur Hingabe einer Geldsumme als Darlehen verbindlich macht und der andere Theil in Bezug auf die Rückzahlung desselben Verpflichtungen eingeht, als ein sofort und nach allen Seiten hin bindender Vertrag abgeschlossen werden, weil der Umstand, daß das Darlehen nach römischem Rechte ein Realcontract ist, nach heutigem Rechte der Abschließung eines solchen Vertrages nicht entgegensteht; und es wird daher auch, weil ein solcher Vertrag nicht eine bloße conventio ist, welche erst durch Hingabe des Darlehens rechtliche Wirksamkeit erlangt, sondern wie jeder andere rechtlich erlaubte Vertrag die dadurch begründeten Rechtswirkungen ohne Weiteres erzeugt, ein von dem Darlehnsempfänger für die demnächstige Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten beim Abschlusse des Vertrags bestelltes Pfandrecht aus demselben Grunde sofort wirksam werden und vom Tage der Pfandbestellung datiren müssen, aus welchem ein von dem Mandanten den Mandatar für seine Auslagen bestelltes Pfandrecht vom Tage der Mandatsertheilung datirt.

3. Hiernach ist denn bei einem gegen Bestellung eines Pfandrechts abgeschlossenen Creditvertrage das Pfandrecht nicht vom Tage der auf Grund dieses Vertrages demnächst geleisteten Zahlungen, sondern vom Tage des Vertrages zu datiren, weil ein solcher Vertrag nicht als ein pactum de contrahendo aufzufassen, sondern ein selbstständiger Vertrag ist, dessen Inhalt darin besteht, daß der Creditgeber dem Creditnehmer die betreffende Summe zur Disposition stellt und an ihn oder auf seine Anweisung zu zahlen verheißt, so daß die ganze Summe schon jetzt als creditirt und zur Verfügung ge-

stellt anzusehen ist und durch die späteren Zahlungen keine neuen Verträge abgeschlossen werden, diese vielmehr lediglich die Erfüllung des bereits abgeschlossenen Vertrages involviren. — Anders dagegen stellt sich die Sache bei einem pactum de mutuo dando, durch welches dem Promissar die betreffende Summe nicht sofort zur Disposition gestellt, sondern nur ein später abzuschließendes Darlehen verabredet wird, der Darlehnscontract selbst also erst durch Hingabe des Geldes perfect werden soll, und die Verpflichtung des Schuldners, zu deren Sicherung ein Pfand bestellt wird, erst durch die Hingabe des Geldes begründet wird. — Ob auch hier nach heutigem Rechte ein Pfandrecht in der Weise bestellt werden kann, daß dessen Wirksamkeit schon vor der Zahlung des Geldes beginnt, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls genügt der Umstand, daß dem Darlehen ein pactum de mutuo dando voraufgegangen ist, noch nicht, um dem vom Schuldner bestellten Pfandrechte ohne Weiteres diese Wirkung beizulegen; vielmehr wird im Zweifelsfalle anzunehmen sein, daß es bei der Regel des Rechts verbleiben, also das für die künftige Schuld bestellte Pfandrecht erst bei der Entstehung dieser Schuld in Wirksamkeit treten soll, und das Gegentheil nur dann angenommen werden können, wenn beim Abschluß des pactum de mutuo dando ein Pfandrecht in der Weise bestellt wird, daß die Darlehenssumme schon jetzt als creditirt gelten und das Pfand zur Sicherheit für das schon darin liegende Creditiren dienen soll.

---

78. Ueber die Regreßpflicht des Indossanten aus einem Indossamente, welches nach Ablauf der für die Protesterhebung bestimmten Frist ertheilt ist.

Jo: 254/1868.

Aus einem Bescheide vom 18. Mai 1868.

Nach Artikel 16 Abs. 1 der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung erlangt der Indossatar aus einem

Indossamente, welches nach Ablauf der für die Protesterhebung bestimmten Frist ertheilt ist, die Rechte aus dem etwa vorhandenen Accepte gegen den Bezogenen und Regreßrechte gegen diejenigen, welche den Wechsel nach Ablauf jener Frist indossirt haben. — Worin die Rechte gegen den Acceptanten bestehen, ist nicht zweifelhaft. Die durch das Accept begründete Verpflichtung wird dadurch, daß der Wechsel am Zahlungstage nicht präsentirt oder kein Protest Mangels Zahlung erhoben worden, nicht aufgehoben; der Acceptant bleibt also bis zum Ablauf der Verjährungsfrist zur Einlösung des Wechsels verpflichtet, sobald ihm derselbe zu diesem Zwecke präsentirt wird, und der Nachindossatar erlangt ihm gegenüber dieselben Rechte, wie jeder andere Indossatar aus einem vor dem Verfalltage ertheilten Indossamente. — Streitig dagegen ist der Inhalt der Regreßrechte gegen die Nachindossanten, namentlich ob die letzteren ebenfalls bis zum Ablauf der Verjährungsfrist haften, oder ob ein Nachindossament als ein neuer Sichtwechsel zu behandeln ist und demgemäß die Präsentation des Wechsels in Gemäßheit des Artikel 31 binnen zwei Jahren nach Ausstellung des ersten Nachindossaments geschehen muß. — Die **sententia a qua** ist in dieser Beziehung der ersten von

Wolff, Archiv für Wechselrecht Bd. 13 S. 137—176.

vertheidigten Ansicht gefolgt; diese kann indeß für richtig nicht gehalten werden. — Wenn der Verfasser sich zur Begründung derselben zunächst darauf beruft, daß das Wesen des Indossaments in der darin liegenden Legitimation für den Indossatar zu suchen, und aus diesem Grunde die Annahme bestreitet, daß das Indossament eine neue Tratte sei, so kommt dagegen in Betracht, daß jene Legitimation des Indossatars zur Erhebung der Wechselsumme in der Form eines Zahlungsauftrags an den Bezogenen erfolgt und im Wesentlichen dieselben wechselrechtlichen Wirkungen begründet, wie eine Tratte

Dagegen ist allerdings richtig, daß das Indossament keine Tratte ist und derselben nicht in allen Beziehungen gleichsteht, sondern sich von der Tratte gerade dadurch unterscheidet, daß dasselbe einen bereits bestehenden Wechsel voraussetzt und der in dem Indossamente liegende Auftrag sich an den Inhalt des indossirten Wechsels anschließt, — ein Unterschied, der auch für die vorliegende Frage in Betracht kommt. — Im Uebrigen kann nach Inhalt und Stellung des Artikel 16 nicht zweifelhaft sein, daß der Indossatar gegen die Nachindossanten dieselben Regreßrechte erwirbt, welche nach der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung jedem anderen Indossatar gegen seine Vormänner zustehen; und wenn der Regreß Mangels Zahlung nach Art. 41 voraussetzt, daß der Wechsel dem Acceptanten, beziehungsweise bei einem eigenen Wechsel dem Aussteller, zur Zahlung präsentirt und diese Präsentation sowie die Nichterlangung der Zahlung durch einen rechtzeitig aufgenommenen Protest dargethan wird, so ist das dem Indossatar in dem Falle des Art. 16 Abs. 1 zustehende Regreßrecht ebenfalls an diese Voraussetzung gebunden. Der Annahme, daß die Nachindossanten bis zum Ablauf der Verjährungsfrist haften, steht daher der Umstand entgegen, daß die Verpflichtung der Indossanten und des Acceptanten bei einem vor dem Verfalltage indossirten Wechsel nicht identisch sind, daß, während die letztere auch bei einem präjudicirten Wechsel fortdauert, die erstere mit der Präjudicirung desselben erlischt und daneben einer andern Verjährung unterliegt, und daß daher, wenn man eine unbedingte Verhaftung des Nachindossanten bis zum Ablauf der Verjährungsfrist statuiren wollte, die Regreßrechte des Indossatars im Falle des Artikel 16 Abs. 1 einen anderen Inhalt haben und weiter gehen würden, als die der sonstigen Indossatare, was nach Inhalt und Stellung des Art. 16 nicht anzunehmen ist. — Es ist daher auch bei einem präjudicirten

Wechsel zur Aufrechterhaltung des Regreßrechts eine Präsentation und rechtzeitige Protesterhebung erforderlich, — weshalb denn die vorliegende Klage eventuell schon aus dem Grunde angebrachtermaßen abzuweisen sein würde, weil hier eine Protesterhebung dem Acceptanten, beziehungsweise dem Aussteller gegenüber, wie sie in Artikel 41 respective 98 sub 6 verlangt wird, überall nicht geschehen ist, — und es fragt sich daher nur, wann diese Präsentation und Protesterhebung bei einem solchen Wechsel geschehen muß. — In dieser Beziehung ist nun entscheidend, daß der Acceptant, beziehungsweise bei einem eigenen Wechsel der Aussteller bis zum Ablauf der Verjährungsfrist zur Einlösung des Wechsels in der Weise verpflichtet bleibt, daß er nicht erst am letzten Tage, sondern die ganze Zeit hindurch an demjenigen Tage, an welchem ihm der Wechsel zur Zahlung präsentirt wird, zahlen muß; und der in dem Nachindossamente liegende Zahlungsauftrag kann daher, da der in dem Wechsel festgesetzte Verfalltag bereits verstrichen ist, nur dahin verstanden werden, daß der Acceptant, beziehungsweise der Aussteller, die Wechselsumme an den Indossanten zahlen soll, sobald ihm dieser den Wechsel zur Zahlung präsentirt. — Insoferne nimmt allerdings das Nachindossament den Charakter eines Sichtwechsels an und es rechtfertigt sich daher auch die Folgerung, daß der Wechsel innerhalb der in dem Artikel 31 vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren und zwar bei mehreren Nachindossamenten von Ertheilung des ersten an gerechnet, präsentirt werden muß.

Thöl, Handelsrecht Bd. 2. § 264.

Daß die Verpflichtung des Acceptanten länger dauert ist irrelevant, weil in dem Indossamente keine unbedingte Bürgschaft dafür enthalten ist, daß der Acceptant zahlen werde, dasselbe vielmehr nur eine an die Beobachtung der Vorschriften des Artikels 41 und bei Sichtwechseln des Art. 31 geknüpfte Regreßpflicht begründet.

— Anderer Seits aber bleibt das Nachindossament immer ein Indossament; der darin enthaltene Zahlungsauftrag schließt sich an den Inhalt des indossirten Wechsels an; und es folgt daraus auch, daß, falls die Verpflichtung des Acceptanten schon vor Ablauf von zwei Jahren nach der Ausstellung des Nachindossaments durch Verjährung erlöschen sollte, dann an die Stelle der zweijährigen Präsentationsfrist der kürzere Rest der Verjährungsfrist tritt, was Thöl a. a. O. mit Unrecht bestreitet, weil der Inhalt des in dem Indossamente liegenden Zahlungsauftrags sich selbstverständlich an den Inhalt der durch das Accept begründeten Verpflichtung anschließt und daher, wenn diese vor Ablauf von zwei Jahren erlischt, damit auch die entsprechende kürzere Präsentationsfrist vorgeschrieben ist. — Der vorliegende Wechsel hätte daher zur Erhaltung des Regreßrechts gegen den Beklagten bis zum 15. Juni 1867 präsentirt und wenn darauf keine Zahlung erfolgte, Protest erhoben werden müssen.
